

رُوضَةُ الطَّالِبِينَ

لِلْإِمَامِ الْعَلَامَةِ

أَبِي زَكَرِيَّا يَحْيَى بْنِ شَرْفِ النَّوَوِيِّ الدِّمَشْقِيِّ

(٦٢١ - ٦٧٦ هـ)

مَقْفُوضُ نَصْرِهِ وَعَلَى عَلَيْهِ وَصَّعَ فَهَارِسُ الْعَاثَةِ

عَبْدُ حَيٍّ كُوشَكُ

طَبْعَةٌ مُحَقَّقَةٌ عَلَى أَرْبَعِ نَسَخٍ خَطِيَّةٍ

مِنْهَا وَاحِدَةٌ مُقَابَلَةٌ بِأَصْلِ الْمُؤَلَّفِ مَرَّتَيْنِ

الْجُزْءُ السَّابِعُ

كِتَابُ عَقْدِ الْجَزِيَةِ وَالْهَدَنَةِ - السَّبْرِ وَالرِّجِيِّ - الْأَيْمَانِ - الْغَضَاءِ

الْقِسْمَةِ - الشَّهَادَاتِ - الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ - الْعُقُودِ - التَّدْبِيرِ

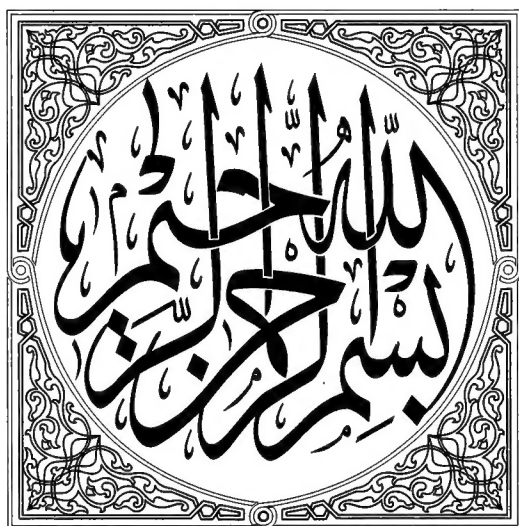
الْمَلَكَاةِ - أُمَمَاتِ الْأَوَّلَادِ

كَانُ الْمَنْهَلِ نَاشِرُونَ

دِمَشَقُ

كَانُ الْفَيْحَاءِ

دِمَشَقُ



رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بَحْثُ الْحَقِيقَةِ
الطبعة الأولى
١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م

ISBN 9933911102



دار الفايحاء

للنشر والتوزيع

سورية - دمشق - حلبوني - ص.ب. ١٣٤٦١
هاتف: ٢٤٥٨٣٣٥ - فاكس: ٢٢٣.٢٠٨٠

Email: daralfaiha@hotmail.com

دار المنهل ناشرون

سورية - دمشق - حلبوني - ص.ب. ١٣٤٦١
هاتف: ٢٢٣٨١٣٥ - فاكس: ٢٢٣.٢٠٨٠

Email: daralmanhal@hotmail.com

٧١ - كِتَابُ عَقْدِ الْجِزْيَةِ وَالْهَدْنَةِ

فيه بابان. الأول: في الجزية^(١).

وفيه طرفان. الأول: في أركانها، وهي خمسة:

الأول: نَفْسُ الْعَقْدِ، وَكَيْفِيَّتُهُ: أَنْ يَقُولَ الْإِمَامُ، أَوْ نَائِبُهُ: أَقْرَزْتُكُمْ، أَوْ أَذِنْتُ لَكُمْ فِي الْإِقَامَةِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ^(٢) عَلَى أَنْ تَبْذُلُوا كَذَا، وَتَنْقَادُوا لِأَحْكَامِ الْإِسْلَامِ^(٣). وهل يشترط التعرض لَقَدْرِ الْجِزْيَةِ؟ وجهان.

أحدهما: لا، ويجب الأقل.

وأصحهما: نعم، كَالثَّمَنِ، وَالْأَجْرَةِ. وهل يشترط التعرض لِكَفِّهِمُ اللَّسَانَ عَنْ اللَّهِ تَعَالَى، وَرَسُولِهِ ﷺ، وَدِينِهِ؟ وجهان.

(١) الجزية لغة: من جزى يجزي: إذا قضى، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَنقَضُوا يَوْمًا لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئًا﴾ [البقرة: ٤٨]، أي: لا تقضي ولا تعين، والمتجاذي: المتقاضي، والجزاء بمعنى المقاضاة والقضاء، والجزية أيضاً من المُجَازَاة؛ لِكَفِّ الْمُسْلِمِينَ عَنِ الْكُفَّارِ لِمُقَامِهِمْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ. والجزية اصطلاحاً: تطلق على العقد، وتطلق على المال الملتزم به، وهي المال المأخوذ منهم عن رقابهم، فهي المال الذي يدفعه الكتابي، ومن في حكمه لبيت مال المسلمين، جزاء كف اليد عنهم، ودخولهم تحت الحماية والرعاية، والتزام الدولة الإسلامية النظر في شؤونهم، ومعاملتهم كسائر الرعايا في صيانة أموالهم وأنفسهم وأعراضهم وعقيدتهم (المعتمد: ٩٦ / ٥)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٧)، و(البيان: ١٢ / ٢٤٩)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٨٨)، و(النجم الوهاج: ٩ / ٣٨٥)، و(المصباح: ج ١)، و(الموسوعة الفقهية: ١٥ / ١٤٩ - ١٥٠).

(٢) المراد بـ(دار الإسلام): غير الحجاز (النجم الوهاج: ٩ / ٣٨٦).

(٣) المراد بـ(أحكام الإسلام): حقوق الآدميين في المعاملات وغرامة المتلفات؛ لتخرج بذلك العبادات (النجم الوهاج: ٩ / ٣٨٦).

أصْحُهُمَا: لا ؛ لأنه داخلٌ في الانقياد .

ويُشترطُ من الذميِّ لَفْظٌ، كَقِيلْتُ [١١٧٢ / أ]، أو رَضِيتُ بذلك .

ولو قال الذميُّ: قَرَّرَني بكذا، فأجابه الإمامُ، تَمَّ العقدُ .

ولا يصحُّ عقدُ الذمة مؤقَّتاً على المذهب ؛ لأنه خلافُ مقتضاه، وَمَنْ صَحَّحَ، قاسه على الهدنة .

ولو قال: أُفِرُّكُمْ ما شئتُ، أو أُفِرُّكُمْ ما أقرَّكمُ اللهُ، أو إلى أن يشاء اللهُ، لم يصحَّ على المذهب، وقيل: على الخلاف في المؤقت بمعلوم، وعكسه الإمام^(١)، وجعل هذا^(٢) أولى بالصحة، وهو خلاف ما قاله الأصحاب .

ولو قال: أُفِرُّكُمْ ما شئتم، جاز؛ لأنَّ لهم نَبَذَ العقد متى شاؤوا، فليس فيه إلَّا التصريح بمقتضاه، قال الأصحاب: ولو قال في الهدنة: هادنتُكم ما شئتم، لم يصحَّ ؛ لأنه يجعلُ الكفارَ مُحكمين على المسلمين .

فَرَعٌ: إذا طلبت طائفة تُقرُّ بالجزية عقدَ الذمة^(٣)، وجبت إجابتهم .

وفي « البيان » وغيره وجَّهٌ: أنها لا تجب إلَّا إذا رأى الإمامُ فيها مصلحةً كما في الهدنة^(٤)، وهذا شاذٌّ متروكٌ، فلو خاف غائلتهم^(٥)، وأنَّ ذلك مَكيدةٌ منهم، لم يُجبهم .

فَرَعٌ: إذا عُقدت الذمة مع إخلالٍ بشرط، لم يلزم الوفاء، ولم تجب الجزية المسماة، لكن لا يُغتالون ؛ بل يُكَلِّغون المأمن^(٦) .

(١) كلمة: « الإمام » ساقطة من المطبوع .

(٢) في (ظ، أ): « ذا » .

(٣) عقد الذمة: العهد الذي يعطاه أهل الكتاب، ومن في حكمهم، ويعتبرون به في عداد رعايا الدولة الإسلامية . انظر: (البيان: ١٢ / ٢٧٣) .

(٤) انظر: (البيان: ١٢ / ٢٧٣) .

(٥) غائلتهم: الغائلة: الفساد والشرُّ (المصباح: غ ول) .

(٦) المأمن: بفتح الميمين: موضع الأمن، والمراد به: أقرب بلاد الحرب من دار الإسلام (النجم الوهاج: ٩ / ٤٣٣) .

ولو بقي بعضهم على ذلك العقد عندنا سنة، أو أكثر، وجب عليه لكل سنة دينار.

ولو دخل حربى دارنا، وبقي مدة، فأطلعنا عليه، فوجهان.

الصحيح الذي حكاه الإمام^(١) عن الأصحاب: أننا لا نأخذ منه شيئاً لما مضى بخلاف من سكن داراً غضباً؛ لأن عماد الجزية القبول، وهذا حربى لم يلتزم شيئاً.

وخرج ابن القطان^(٢) وجهاً آخر: أنه تؤخذ منه جزية ما مضى، وعلى الوجهين: لنا قتله، واسترقاقه، وأخذ ماله، ويكون فيئاً. ولو رأى الإمام أن يمن عليه، ويترك أمواله وذريته له، جاز بخلاف سبأيا الحرب وأموالها؛ لأن الغانمين ملكوها، فاشترط استرضائهم؛ فإن كان الكافر كتابياً، وطلب عقد الذمة بالجزية، فهل نجيبه^(٣) ونعصمه؟ نقدّم على هذا حكم الأسير إذا كان كتابياً، وطلب عقد الذمة بعد الأسر، وفي تحريم قتله حيثنذ قولان.

أظهرهما: التحريم؛ لأن بذل الجزية يقتضي حقن الدم، كما لو بذلها قبل الأسر، فعلى هذا: في استرقاقه وجهان.

أحدهما: يحرم أيضاً، ويجب تقريره بالجزية كما قبل الأسر.

وأصحهما: لا يحرم؛ لأن الإسلام أعظم من قبول الجزية، والإسلام بعد الأسر لا يمنع الاسترقاق، وماله مغنوم سواء قلنا: يحرم، أم لا. إذا عرفت هذا فبذل^(٤) الداخل الذي أطلعنا^(٥) عليه الجزية وجب قبولها على المذهب.

وقيل: وجهان، كالأسير.

فرع: أطلعنا على كافر في دارنا، فقال: دخلت لسماع كلام الله تعالى، أو لرسالة، صدق، ولا يتعرض له، سواء كان معه كتاب، أم لا، وفيما إذا لم يكن معه

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٨).

(٢) هو أبو الحسين، أحمد بن محمد بن أحمد بن القطان البغدادي. سلفت ترجمته.

(٣) في المطبوع: «يجيبه».

(٤) في المطبوع: «فبذل»، تصحيف.

(٥) في (ظ)، والمطبوع: «أطلقنا»، تحريف.

احتمالاً للإمام. ثم نقل ابنُ كَجَّ عن النصِّ: أَنَّ^(١) مدَّعي الرسالة إنَّ اتَّهَمَ، حُلْفَ.

وفي « البحر »: أنه لا يلزَمُ تحليفُهُ، ويمكن الجمعُ بين الكلامين.

ولو قال: دخلتُ بأمانٍ مسلمٍ، فهل يطالبُ ببَيِّنَةٍ؛ لإمكانها غالباً، أم يصدَّقُ بلا بَيِّنَةٍ كدعوى الرسالة؛ لأن الظاهر أنه لا يدخلُ بغير أمانٍ؟ فيه وجهان.

أصَحُّهما: الثاني.

قال الرُّوْيَانِيُّ: وما اشتهر أنَّ الرسولَ آمِنٌ، هو في رسالةٍ فيها مصلحةٌ للمسلمين؛ من هُدْنَةٍ [١١٧٢ / ب] وغيرها؛ فإن كان رسولاً في وَعِيدٍ وتهديدٍ، فلا أمانَ له، ويتخيَّرُ الإمامُ فيه بين الخِصَالِ الأربع، كالأسير^(٢).

قلتُ: ليس ما ادَّعاه الرُّوْيَانِيُّ بمقبولٍ، والصوابُ: أنه لا فَرْقَ، وهو آمِنٌ مُطلقاً. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

الرَّكْنُ الثَّانِي: العاقِدُ، ولا يصحُّ عَقْدُ الذمَّةِ إِلَّا مِنَ الإمام، أو مَنْ فَوَّضَهُ إليه. وفي « كتاب ابنِ كَجَّ » وَجْهٌ: أنه يصحُّ عَقْدُهَا مِنْ أَحَادِ الرعية، كالأمان، وهذا شاذٌّ متروكٌ، لكنَّ لو عَقْدَهَا أَحَدُ الرعية، لم يُغْتَلِ المعقودُ له؛ بل يلحقُهُ بِأَمْنِهِ، فإن أقام سنَّةً فأكثرَ، فهل يلزِمُهُ لكلِّ سنَّةٍ دينارٌ؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ، كما لو فسدَ عَقْدُ الإمام.

وأصَحُّهما: لا؛ لأنه لَغْوٌ.

الرَّكْنُ الثَّالِثُ: المعقودُ، له خمسةُ شُرُوطٍ.

أحدها: العقلُ، فلا جزية على مجنونٍ؛ لأنها لِحَقَنِ الدِّمِ، وهو محقونٌ.

وفي « البيان » وجهٌ: أَنَّ عليه الجزية^(٣)، كالمريضِ، والهرِمِ، وليس بشيءٍ؛ فإنَّ كان يُجَرَّنُ وَيُفْقِئُ، نُظِرَ:

إنَّ قَلَّ زمنُ جُنُونِهِ، كساعةٍ من شهرٍ، أخذت منه الجزيةُ، وإنَّ كَثُرَ؛ بأنَّ يقطعَ يوماً ويوماً، أو يومين، فأَوْجَهُ.

(١) في (ظ)، والمطبوع: « أنه »، خطأ.

(٢) في المطبوع: « كأسير ».

(٣) انظر: (البيان: ١٢ / ٢٦٥).

أصْحُهَا: تُلَقَّقُ أَيَّامُ الْإِفَاقَةِ، فَإِذَا تَمَّتْ سَنَةٌ، أُخِذَتِ الْجَزِيَّةُ.

والثاني: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ، كَمَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ.

والثالث: حُكْمُهُ كَالْعَاقِلِ، وَمَا يَطْرَأُ وَيَزُولُ، كَالْإِغْمَاءِ.

والرابع: يَحْكُمُ بِمَوْجِبِ الْأَغْلَبِ، فَإِنْ اسْتَوَى الزَّمَانُ، وَجِبَتِ الْجَزِيَّةُ.

والخامس: إِنْ كَانَ فِي آخِرِ السَّنَةِ عَاقِلًا، أُخِذَتِ الْجَزِيَّةُ، وَإِلَّا، فَلَا.

أَمَّا إِذَا كَانَ مُفِيقًا، ثُمَّ جُنَّ بَعْدَ انْتِصَافِ السَّنَةِ، فَهُوَ كَمَوْتِهِ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، وَإِنْ كَانَ مَجْنُونًا، فَأَفَاقَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ، افْتَتَحَ سَنَةً، وَسَنَدُكُمَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَلَوْ وَقَعَ فِي الْأَسْرِ مَنْ يُجَنُّ وَيُفِيقُ، قَالَ الْإِمَامُ ^(١): إِنْ غَلَبَنَا حَكَمَ الْجُنُونُ ^(٢)، رَقٌّ، وَلَا يَقْتُلُ، وَإِنْ غَلَبَنَا حَكَمَ الْإِفَاقَةُ، لَمْ يَرِقَّ بِالْأَسْرِ، وَالظَّاهِرُ الْحَقُّ، وَيَتَجَهُّ أَنْ تَعْتَبَرَ حَالَةُ الْأَسْرِ، وَهَذَا هُوَ الْأَصَحُّ عِنْدَ الْغَزَالِيِّ.

الشرط الثاني: الْبُلُوغُ، فَلَا جَزِيَّةَ عَلَى صَبِيٍّ، وَإِذَا بَلَغَ وَلَدٌ ذِمِّيًّا، فَهُوَ فِي أَمَانٍ، فَلَا يُغْتَالُ؛ بَلْ يُقَالُ لَهُ: لَا نُقْرُكَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ إِلَّا بِجَزِيَّةٍ، فَإِنْ لَمْ يَبْذُلِ الْجَزِيَّةَ، أَلْحَقْنَاهُ بِأَمَمِهِ، وَإِنْ اخْتَارَ بَذْلَهَا، فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِثْنَاءِ عَقْدٍ، أَمْ يَكْفِي عَقْدُ أَبِيهِ؟ وَجِهَانِ.

أصْحُهُمَا عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ، وَغَيْرِهِمْ: الْأَوَّلُ، فَإِنْ اِكْتَفَيْنَا بِعَقْدِ أَبِيهِ، لَزِمَهُ مِثْلُ جَزِيَّةِ أَبِيهِ، فَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرُ مِنْ دِينَارٍ، وَقَالَ: لَا أَبْذُلُ الزِّيَادَةَ، فَطَرِيقَانِ.

أَحَدُهُمَا: هُوَ كَذِمِّيٍّ عَقْدَ بَأْكَثَرٍ مِنْ دِينَارٍ، ثُمَّ امْتَنَعَ مِنْ بَذْلِ الزِّيَادَةِ، وَفِيهِ خِلَافٌ يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

والثاني: الْقَطْعُ بِالْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْقِدْ بِنَفْسِهِ حَتَّى يَجْعَلَ بِالْامْتِنَاعِ نَاقِضًا لِلْعَهْدِ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَسْتَأْنَفُ مَعَهُ عَقْدٌ، رَفَقَ بِهِ الْإِمَامُ؛ لِيَلْتَزِمَ مَا التَزَمَ أَبُوهُ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ الزِّيَادَةِ، عَقْدَ لَهُ بِالْدِينَارِ، وَسَوَاءٌ اِكْتَفَيْنَا بِعَقْدِ أَبِيهِ، أَمْ احْتَجْنَا إِلَى الْاسْتِثْنَاءِ،

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٠ - ٣١).

(٢) في المطبوع: «المجنون».

فلا فَرْقَ بين أن يكونَ الأبُّ قد قال : التزمتُ هذا عن نفسي وفي حقِّ ابني إذا بلغَ ، وبين أن لا يتعرَّضَ للابن .

ولو بلغَ الابنُ سفيهاً ، وبَدَلَ جِزْيَةِ أبيه ، وهي فوقَ دينارٍ ، فهل تؤخَذُ منه ؟ وجهانِ حكاهما البغوي ^(١) ، وليكونا بناءً على أنه يكتفي بعقد [١١٧٣ / ١] أبيه ، أم يستأنفُ ؟ إن اِكتَفَيْنَا ، أخذنا ، وإلَّا فهو كسفيهٍ جاء يطلبُ عقدَ الذمة ، ولا شكَّ أنه يجابُ ، ولا يشترطُ إذنٌ وليُّه ؛ لأن فيه مصلحةَ حَقِّنِ الدم ، لكن لو التزمَ أكثرَ من دينارٍ ، قال القاضي حُسَيْن : تلزمُهُ الزيادةُ وإن لم يأذنِ الوليُّ ؛ بناءً على أنَّ العهدَ لا يدخلُ تحتَ الولاية ، حكاها الإمام ^(٢) عنه ، ولم يَرْتَضِهِ ، وقال : الحَقْنُ ممكنٌ بدينارٍ ، فينبغي أن يمتنعَ من بذلِ الزيادة ، وذكر الرُّوْيَانِيُّ نحوه .

وفي « التهذيب » : الجَزْمُ بأنه لا تؤخَذُ الزيادةُ ، وإن أذنَ الوليُّ ^(٣) .

وقال الغزاليُّ : يصحُّ عقدُ السفيه بالزيادة لِحَقْنِ الدم ؛ تشبيهاً بما إذا كان على السفيه قِصَاصٌ ، وصالح المستحقُّ على أكثرَ مِنْ قَدْرِ الدِيَةِ ، لم يكن للوليِّ منْعُهُ ، وزاد فقال : للوليِّ أن يعقدَ له بالزيادة ، وليس للسفيه المنعُ ، كما يشتري له الطعامَ بثمانٍ غالٍ ؛ صيانةً لروحه . وفَرَّقَ الإمام ^(٤) بين هاتين المسألتين والجزية ، وقال : صيانةُ الروح لا تَحْصُلُ في المسألتين إلَّا بالزيادة ، وهنا بخلافه ، والمذهب : أنه لا يصحُّ عقدُ السفيه والوليِّ بالزيادة .

وإذا اختارَ السفيه الالتحاقَ ، واختارَ الوليُّ عقدَ الذمة ، فالمتبعُ اختيارُ السفيه ، ذكره الرُّوْيَانِيُّ ، وصاحبُ « البيان » ^(٥) .

الشرطُ الثالثُ : الحُرِّيَّةُ ، فلا جِزْيَةَ على عبدٍ ، ولا على سَيِّدِهِ بسببه ، ومن بعضه رقيقٌ ، كالعبدِ ، وقيل : يجبُ من الجزية بِقِسْطِ حُرِّيَّتِهِ ، والصحيحُ : الأولُ ؛ لأنه غيرُ مقتولٍ بالكفر ، كمن تَمَحَّضَ رِقَّةً .

(١) انظر : (التهذيب : ٥٠٢ / ٧) .

(٢) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٢٧) .

(٣) انظر : (التهذيب : ٥٠٢ / ٧) .

(٤) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٢٧) .

(٥) انظر : (البيان : ١٢ / ٢٦٥) .

وإذا أُعْتِقَ العبدُ؛ فإن كان من أولاد مَنْ لا يُقَرُّ بالجزية، فَلْيُسَلِّمْ، وإِلَّا فليُبلِّغ المأمَنَ، وإن كان ممن يُقَرُّ، فَلْيُسَلِّمْ، أو لِيَبْدُلِ الجزية، وإِلَّا فليُبلِّغ المأمَنَ، سواء أعتقه مسلم، أو ذمي؛ فإن أعتقه ذمي، فهل تؤخذ منه جزية سيده، أم جزية عصبته؛ لأنهم أخصُّ به، أم يستأنف له عقد؟ فيه أوجه.

قلت: الأصح: الاستئناف. والله أعلم.

الشَّرْطُ الرَّابِعُ: الذُّكُورَةُ، فلا جزية على امرأة، وخُثْي، فإن بانَتْ ذكورتُها، فهل تؤخذ منه جزية السنين الماضية؟ وجهان.

قلت: ينبغي أن يكون الأصحُّ الأخذ. والله أعلم.

ولو جاءتنا امرأة حربيَّة، فطلبت عقدَ الذمة بجزية، أو بعثت بذلك من دار الحرب، أعلمها الإمام أنه لا جزية عليها، فإن رَغِبَتْ مع ذلك في البذل، فهذه هبة لا تلزمُ إلَّا بالقبض.

وإن طلبت الذمة بلا جزية، أجابها الإمام، وشرطَ عليها التزامَ الأحكام.

ولو حاصرنا قلعة، فأرادوا الصلح على أن يؤدُّوا الجزية عن النساء دون الرجال، لم يُجابوا، فإن صولحوا عليه، فالصلح باطل، وإن لم يكن فيها إلَّا النساء فطلبن عقدَ الذمة بالجزية، فقولان، نصَّ عليهما في « الأم ».

أحدهما: يعقدُ لهنَّ؛ لأنهنَّ يَحْتَجْنَ إلى صيانة أنفسهنَّ عن الرقِّ، كما يحتاج الرجال للصيانة عن القتل، فعلى هذا: يشترطُ عليهنَّ أن تجرئ عليهنَّ أحكام الإسلام، ولا يُسْتَرْقَقْنَ، ولا يؤخذُ منهنَّ شيء، وإن أخذ الإمام مالا، ردَّه؛ لأنهنَّ دفعنَّه على اعتقاد أنه واجب، فإن دفعنَّه على علم، فهو هبة، والحكم على هذا القول كما ذكرنا في حربيَّة بعثت من دار الحرب تطلبُ الذمة.

والقول الثاني: [١١٧٣ / ب] لا يعقدُ^(١) لهنَّ، ويتوصَّلُ الإمام إلى الفتح بما أمكنه، وإن عقد لم يتعرَّض لهنَّ حتَّى يرجعنَّ إلى القلعة، فإذا فتحها، سبأهنَّ؛ لأن الجزية تؤخذ لقطع الحرب، ولا حرب في النساء والصبيان، ولأنهنَّ قد قرئنَ من مَصيرهنَّ غنيمة، فلا يعرضُ عنهنَّ بعد تحمُّل التعب والمؤنة. والقولان متفقان على

أنه لا يقبلُ منهمَ جِزِيَّةٌ، ولا تُؤْخَذُ أَخَذَ^(١) إلزام، هذا ما نقله الأصحابُ في جميع طرقهم، وشدَّ عنهم الإمام^(٢) فنقل [في] الخلافِ وجهين، وجعلهما في أنه هل يلزمُ قبولُ الجزية، وتركُ إِرْقاقيهنَّ؟ وضعَّفَ وجهَ اللزوم. وذكرَ الرُّوْيَانِيَّ الطَّرِيقَةَ المشهورة، ثم حكى ما ذكره الإمام عن بعضِ الخراسانيين، ولعله أراد به: الإمام، ثم قال: وهو غلطٌ.

ولو كان في القلعة رجلٌ واحد، فبذلَ الجزية، جازَ، وصارت النساءُ تبعاً له في العِصْمَةِ، هكذا أطلقه مُطلقون، وخَصَّصَهُ الإمام^(٣)، والغزاليُّ بما إذا كُنَّ من أهله، وهذا أحسنُ.

فَرَوْعٌ: عقدُ الذمة يفيدُ الأمانَ للكافرِ نفساً، ومالاً، وعبيدهُ من أموالِهِ.

قال الإمام^(٤): وليس له أن يستتبعَ مِنَ النساءِ، والصبيانِ، والمجانينَ مَنْ شاء؛ لأنه يخرجُ عن الضبطِ، ولكن لا بُدَّ مِنْ تعلُّقٍ واتصالٍ، فيستتبع من نسوةِ الأقاربِ، وصبيانهم، ومجانينهم مَنْ شاء؛ بأنْ يُذَرِّجَهُمْ في العقدِ شرطاً، وسواءً المحارِمِ، وغيرهم؛ فإنْ أطلقَ، لم يتبعوه، ومَنْ له مُصَاهَرَةٌ مِنَ النساءِ والصبيانِ والمجانينِ لهم حكمُ الأقاربِ على الأصحِّ، وقيل: كالأجانبِ.

وفي دخولِ الأولادِ الصغارِ في العقدِ عند الإطلاقِ، وجهانِ.

أصَحُّهُمَا: الدخولُ؛ اعتماداً على القرينة، والزوجاتُ كالأولادِ الصغارِ، وقيل: كنساءِ القرابة.

فَرَوْعٌ: إذا بلغَ الصبيُّ، أو أفاقَ المجنونُ، أو عَتَقَ العَبْدُ، زالتِ التبعيَّةُ، ولزمتهم الجزيةُ.

وابتداءُ الحَوْلِ مِنْ حِينَ^(٥) حدثتْ هذه الأحوالُ، فإنِ اتفقَ ذلك في نصفِ حولٍ

(١) في المطبوع: «يوجد أحد» بدل: «تؤخذ أخذ»، تصحيف. انظر: (فتح العزيز: ١١ / ٥٠٢).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٤ - ٢٥).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣ - ٢٤).

(٥) حين: الأرجح في (حين) الفتح؛ لأن بعدها فعلٌ مبنيٌّ، ويجوز كسرُها على الأصل (النجم الوهاج:

أهلهم الذميين مثلاً، فإذا تمَّ حولُ أهلهم، ورغبَ هؤلاء في أن يؤدُّوا نصفَ الجزية، فذاك، وإلاَّ فإن شاء الإمام أخذَ جزيتهم عند تمام حولهم، وإن شاء آخرَ حتَّى يَتِمَّ حولُ ثانٍ لأهلهم، فيأخذ منهم جزيةَ سنةٍ ونصفٍ؛ لئلاً تختلفَ الأحوالُ.

فَرَعُ: لو دخلتُ حربيةً دارنا بغير تبعيةٍ، ولا أمانٍ، ولا طلبِ أمانٍ، جازَ استرقاقُها، وكذا الحكمُ في الصبيِّ، كما يجوزُ قتلُ الكافرِ إذا دخلَ، كذلك.

قال الإمام^(١): «وكلُّ حُكْمٍ نُجْرِيهِ فِي الْقِتَالِ نُجْرِيهِ»^(٢) فيمن يُظْفَرُ بِهِ مِنْ غَيْرِ ذِمَّةٍ، ولا أمانٍ.

فَرَعٌ عَنْ نَصِّهِ: إذا صالحنا قومٌ على أن يؤدُّوا الجزيةَ عن صبيانهم، ومجانينهم، ونسائهم سوى ما يؤدُّون عن أنفسهم، فإن شَرَطُوا أن يؤدُّوا من مالِ أنفسهم، جازَ، وكأنهم قبلوا جزيةً كثيرةً، وإن شَرَطُوهُ من مالِ الصبيانِ والمجانين، لم يَجْزُ أَخْذُهُ.

الشرطُ الخامسُ: كونهُ كتابياً، فالكفارُ ثلاثةُ أصنافٍ.

أحدها: أهل كتابٍ، ومنهم: اليهودُ، والنصارى، فيَقْرَؤُونَ بالجزية، فلو زعم قومٌ أنهم متمسكون بصُحُفِ إبراهيمَ، وزَبُورِ داودَ، صَلَّى اللهُ عليهما وسلَّم، فهل يَقْرَؤُونَ بالجزية؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ، ومنهم من قطعَ به [١١٧٤ / أ]، ولا تَحِلُّ مَنَاقِحُهم وذبيحتُهم على المذهب؛ عملاً بالاحتياط في المواضع الثلاثة، وقيل بِطَرْدِ الخلاف في حِلِّ الذبيحةِ، والمناكحة؛ إلحاقاً لكتُبهم بكتابِ اليهود، وحُكي ذلك عن القاضي أبي الطيّب، وغيره.

وإذا ألحقناهم باليهود؛ فإنَّ تَحَقُّقنا صِدْقَهم، أو أسلمَ اثنانٍ منهم، وشَهِدوا بذلك، فذاك.

وعن صاحب «الحاوي»: «أنَّ المعتبرَ قولُ جماعةٍ تَحْصُلُ الاستفاضةُ بقولهم، وإنَّ شَكَنَّا في أمرهم، [كانوا]^(٣) كالمجوس.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣).

(٢) في (ظ، أ)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥٠٣): «وكلُّ حُكْمٍ بجزيةٍ في القتال بجزية»، تصحيح. المثبت من (س)، موافق لما في (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣).

(٣) ما بين حاصرتين من (أ، س)، موافق لما في (فتح العزيز: ١١ / ٥٠٦).

الصَّنْفُ الثَّانِي: المجوسُ، فَيَقْرَءُونَ بالجزية، وهل كان لهم كتابٌ، أم شُبْهَةٌ كتابٌ ؟ قولانٍ سبقا في النكاح، أظهرهما: الأول، وقطع به بعضهم .

الثالث: مَنْ ليس له [كتابٌ] ^(١) ولا شُبْهَتُهُ ^(٢)؛ كعبدَةِ الأوثانِ، والملائِكَةِ، والشمسِ، وَمَنْ في معناهم، فلا يَقْرَءُونَ بالجزية، سواءً فيهم العربيُّ والعجميُّ .

فَرَعٌ: اليهودُ والنصارى يَقْرَءُونَ بالجزية، مَهْمَا دخلَ آبَاؤُهُم في اليهودِ أو التنصُّر قبلَ تبدُّلِ ذلك الدينِ، ولا فَرْقَ بين أولادِ المبدِّلين، وغيرِهِم .

ولو دخلَ وثنيٌّ في يهوديَّة، أو نصرانيَّة بعد مَبْعَثِ نبيِّنا، ﷺ، لم يَقْرَءوا، هُم، ولا أولادُهُم، لأنهم تَمَسَّكُوا بدينِ باطلٍ .

وقال المزنِّي: يَقْرَءُونَ .

والتهوُّدُ بعد بعثةِ عيسى ﷺ كالتهوُّدِ والتنصُّر بعد بعثةِ نبيِّنا، ﷺ، على الأصحِّ، وقد ذكرناه في « النكاح » .

وإن دخلوا فيه بعد التبدُّلِ وقبل النَّسخِ، فطريقان .

أحدهما: إن تَمَسَّكَ بما لم يُحَرِّفْ، قُرِّرَ، وإن تَمَسَّكَ بِمُحَرِّفٍ، لم يَقْرَءْ ^(٣) هو، ولا أولادُهُ .

وقيل ^(٤): في الأولادِ قولانٍ، وبهذا الطريق قال العراقيون، والبغويُّ ^(٥)، وآخرون .

والثاني: يَقْرَءُونَ بلا تفصيلٍ، ولا خلاف، وهذا الطريق يُدِيرُ الحكمَ على الدخولِ قبلَ النَّسخِ، وبعده، وهو اختيارُ ابنِ كَجَّ، والقاضي أبي الطَّيِّبِ، والإمامِ ^(٦)، والرُّوْيَانِيِّ . قال القاضي أبو الطَّيِّبِ: لا أحفظُ الشرطَ المذكورَ للشافعي، إنما فرقَ

(١) ما بين حاصرتين من (أ، س) .

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « شُبْهَةٌ » .

(٣) في (أ): « لم يَقْرَءْ » .

(٤) في المطبوع: « وهل »، تحريف .

(٥) انظر: (التهذيب: ٧ / ٤٩٣) .

(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١١) .

في كتبه بين ما قبل نزول القرآن، وما بعده، وهذا أصح.

قال الإمام^(١): لأنهم وإن بدّلوا فمعلوم أنه بقي فيه ما لم يُبدّل، فلا تنحط عن شبهة كتاب المجوس، أو تغليبا لحقن الدم.

ولو لم نعرف أدخلوا قبل النسخ، أو بعده، أو قبل التبديل أو بعده؟ قرّرناهم بالجزية، كالمجوس.

فرع: المذهب: أنّ السّامية^(٢) والصّابئين^(٣) إنّ خالفوا اليهود والنصارى في أصول دينهم فليسوا منهم، وإلاّ فمنهم، وهكذا نصّ عليه، وعليه يحمل النصّان الآخران.

وقيل: قولان مطلقاً.

وقيل: تؤخذ منهم الجزية قطعاً، وهذا فيما إذا لم يكفّرهم اليهود والنصارى؛ فإن كفروهم، لم يقرّوا قطعاً؛ فإن أشكل أمرهم، ففي تقرّرهما احتمالان ذكرهما الإمام^(٤)، الأصح: الجواز.

فرع: لو أحاط الإمام بقوم، فزعموا أنهم أهل كتاب، أو أنّ آبائهم تمسّكوا بذلك الدّين قبل التبديل، قرّره بالجزية؛ لأنه لا يعرف الأمر إلاّ من جهتهم.

قال ابن الصّبّاغ: ويشترط عليهم إنّ بان خلاف قولهم، نبذ عهدهم، وقتلهم، وإن ادعاه بعضهم دون بعض، عامل كلّ طائفة بمقتضى قولها.

ولا يقبل قول بعضهم على بعض، فلو أسلم منهم اثنان، وظهرت عدالتهما، [١١٧٤ / ب] وشهدا بخلاف دعواهم، نبذ عهدهم، هذا لفظ جماعة.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١١).

(٢) السّامية: هم قوم يشتركون مع اليهود في بعض العقائد، ويخالفونهم في بعضها (المعجم الوسيط: ١ / ٤٦٥)، وانظر: (البيان: ٩ / ٢٦٢، ١٢ / ٢٥٤)، و(الملل والنحل: ١ / ١٩٩ - ٢٠٠)، و(نهاية المطلب: ١٦ / ٤٣٨)، و(المصباح: س م ر).

(٣) الصّابئين: قوم يعبدون الكواكب، ويزعمون أنهم على ملة نوح، وقبلتهم مهبّ الشمال عند منتصف النهار (المعجم الوسيط: ١ / ٥٢٤)، وانظر: (البيان للعمرائي: ٩ / ٢٦٢ - ٢٦٣، ١٢ / ٢٥٤)، و(الملل والنحل: ١ / ٢١٠ - ٢١١)، و(المصباح: ص ب ا)، و(نهاية المطلب: ١٦ / ٤٣٩).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١١ - ١٣).

وقال الإمام^(١): يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَا ذِمَّةَ لَهُمْ، وَهَلْ يَغْتَالُهُمْ؛ لِتَلْبِيسِهِمْ عَلَيْنَا، أَمْ يَلْحَقُهُمْ بِالْمَأْمَنِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالظَّاهِرُ: اغْتِيَالُهُمْ؛ لِتَدْلِيسِهِمْ، وَكَذَا لَوْ أَسْلَمَ مِنَ السَّامِرَةِ، أَوِ الصَّابِئِينَ اثْنَانِ، فَشَهِدَا بِكُفْرِهِمْ.

فَرَعٌ: مَنْ أَحَدُ أَبَوَيْهِ كِتَابِيٌّ، وَالْآخَرُ وَثَنِيٌّ، فِيهِ طَرَقٌ، وَالْمَذْهَبُ: تَقْرِيرُهُ، سِوَاءَ كَانَ الْكِتَابِيُّ الْأَبَ أَوِ الْأُمَّ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ، وَقِيلَ: لَا يُقَرَّرُ، وَقِيلَ: يَلْحَقُ بِالْأَبِ، وَقِيلَ بِالْأُمِّ.

فَرَعٌ: تَوَثَّنَ نَصْرَانِيٌّ، وَلَهُ أَوْلَادٌ صِغَارٌ، فَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُمْ نَصْرَانِيَّةً، اسْتَمَرَّ لَهُمْ حَكْمُ التَّنَصُّرِ، فَتَقَبَّلَ مِنْهُمْ الْجَزْيَةُ بَعْدَ بُلُوغِهِمْ، وَإِنْ كَانَتْ وَثْنِيَّةً، فَفِي تَقْرِيرِهِمْ بِالْجَزْيَةِ قَوْلَانِ.

أَظْهَرُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ ثَبِتَ لَهُمْ عُقْلَةُ التَّنَصُّرِ، فَلَا تَزُولُ، وَحَقِيقَةُ الْقَوْلَيْنِ تَرْجِعُ إِلَى أَنَّ تَوَثَّنَهُ هَلْ يَسْتَتَبِعُ أَوْلَادَهُ؟ فَإِنْ أَتْبَعْنَاهُمْ، لَمْ يُغْتَالُوا؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا فِي أَمَانٍ، وَلَمْ تَوْخِذْ مِنْهُمْ جَزْيَةً، وَأَمَّا أَبَوَهُمْ، فَيَبْنِي حُكْمَهُ عَلَى مَا سَبَقَ فِي «كِتَابِ النِّكَاحِ» أَنَّهُ هَلْ يُقَنَعُ مِنْهُ بِالْعَوْدِ إِلَى دِينِهِ، أَمْ لَا يُقَنَعُ إِلَّا بِالإِسْلَامِ، فَإِنْ أَبَاهُمَا، فَيُقْتَلُ، أَمْ يَلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ؟ قَوْلَانِ، الْأَظْهَرُ: الثَّانِي.

فَرَعٌ: الْوَلَدُ الْمُنْعَقِدُ مِنْ مَرْتَدِّينَ، هَلْ هُوَ مُسْلِمٌ، أَمْ مَرْتَدٌّ، أَمْ كَافِرٌ أَصْلِيٌّ؟ فِيهِ أَقْوَالٌ سَبَقَتْ فِي «الرَّدَّةِ» فَإِنْ قُلْنَا: مُسْلِمٌ، فَبَلَغَ، وَصَرَّحَ بِالْكَفْرِ، فَمَرْتَدٌّ، وَإِنْ قُلْنَا: أَصْلِيٌّ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُقَرَّرُ بِجَزْيَةٍ.

فَرَعٌ: يَهُودُ خَيْرٍ^(٢) كَغَيْرِهِمْ فِي ضَرْبِ الْجَزْيَةِ عَلَيْهِمْ، وَسُئِلَ ابْنُ سُرَيْجٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَمَّا يَدْعَوْنَهُ: أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَتَبَ لَهُمْ كِتَابًا بِإِسْقَاطِهَا^(٣)، فَقَالَ: لَمْ يَنْقُلْ

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٤).

(٢) خير: بلدة معروفة، تبعد عن المدينة المنورة (١٦٥) كيلاً شمالاً على طريق الشام (المعالم الأثرية ص: ١٠٩).

(٣) تزوير اليهود لهذا الكتاب اكتشفه علماءنا عن طريق معرفة التاريخ. ذلك أن الخيابرة أظهروا كتاباً، وأدَّعوا أنه كتاب رسول الله ﷺ بإسقاط الجزية عنهم، وفيه شهادة الصحابة الكرام، وذكروا أنه خُطَّ عليّ رضي الله عنه فيه، وحُمِلَ الْكِتَابُ فِي سَنَةِ (٤٤٧ هـ) إِلَى رَئِيسِ الرُّؤَسَاءِ أَبِي الْقَاسِمِ عَلِيٍّ، وَزِيرِ الْقَائِمِ، فَعَرَضَهُ عَلَى الْحَافِظِ الْكَبِيرِ. أَبِي بَكْرٍ، أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ ثَابِتِ الْخَطِيبِ الْبَغْدَادِيِّ، فَتَأَمَّلَهُ، ثُمَّ قَالَ: هَذَا مُزَوَّرٌ، فَقِيلَ لَهُ: مَنْ أَيْنَ لَكَ هَذَا؟ قَالَ: فِيهِ شَهَادَةُ مَعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سَفْيَانَ، وَهُوَ إِنَّمَا =

ذلك أحد من المسلمين^(١).

وفي « البحر »: أن ابن أبي هريرة أسقط الجزية عنهم؛ لأن النبي ﷺ ساقاهم، وجعلهم بذلك خولاً.

قال: وهذا شيء تفرد به^(٢)، والمساواة معاملة لا تقتضي إسقاط الجزية.

فصل: الزَّمن، والشيخ الفاني، والأجير، والراهب، والأعمى تُضرب عليهم الجزية كغيرهم على المذهب، والمنصوص؛ لأن الجزية كأجرة الدار، وقيل: إن قلنا: لا يُقتلون، فلا جزية، كالنساء.

وأما الفقير العاجز عن الكسب، فالمشهور المنصوص في عامة كتبه، أن عليه جزية، وفي قول: لا يجب.

فعلى المشهور: يعقد له الذمة بالجزية، فإن تمَّ الحول وهو^(٣) موسر، أخذناها منه، وإلا فهي في ذمته حتى يُوسر، وكذا حكم الحول الثاني، وما بعده.

وفي وجه: لا يُمهل، ولا يُقر في دارنا؛ بل يقال: إما أن تحصل الجزية بما أمكنك، وإما أن تبلغك المأمَن؛ لأنه قادر على رفع الجزية بالإسلام. وإذا قلنا: لا يجب، عقدنا له الذمة على شرط إجراء الأحكام عليه، وبذل الجزية عند القدرة؛ فإذا أيسر، فهو أول حوله، هكذا قاله الأصحاب، وأشار الإمام^(٤) إلى أن ابتداء الحول من وقت العقد.

= أسلم عام الفتح في السنة الثامنة من الهجرة، وفتح خيبر كان في سنة سبع، وفيه شهادة سعد بن معاذ، وهو قد مات يوم بني قريظة قبل فتح خيبر بستين. وصنف رئيس الرؤساء أبو القاسم علي في إبطاله جزءاً، وكتب له عليه الأئمة: أبو الطيب الطبري، وأبو نصر بن الصَّبَّاح، ومحمد بن محمد البيضاوي، ومحمد بن علي البامغاني، وغيرهم. انظر خبر هذا الكتاب المزور في (فتح العزيز: ١١ / ٥١١)، و(سير أعلام النبلاء: ١٨ / ٢٨٠)، و(تذكرة الحفاظ ص: ١١٤١)، و(التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٤ - ١٢٥)، وفي أصول تاريخ العرب الإسلامي لأستاذنا العلامة المؤرخ محمد شُرَّاب (ص: ٣٠ - ٣١)، و(المهذب: ٥ / ٣٢٦).

(١) قال الحافظ في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٤): «وهو كما قال».

(٢) قال العلامة ابن حجر في (التلخيص: ٤ / ١٢٥): «وقد ظن بعضهم أنه من عجيب « البحر »، وليس كذلك، فقد ذكره الماوردي في « الحاوي »، وقال: لا أعرف أحداً وافق أبا علي بن أبي هريرة على ذلك».

(٣) قوله: « لا يجب..... وهو »، ساقط من المطبوع.

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٠، ٢٨).

فَرَعُ: الجاسوسُ الذي يُخافُ شَرَّهُ، لا يُقَرُّ بالجزية.

الرُّكْنُ الرابعُ: المكانُ القابلُ للتَّقْرِيرِ.

بلادُ الإسلام: حِجَازٌ^(١) وغيرُهُ؛ فَالْحِجَازُ: مَكَّةُ، والمدينةُ، واليَمَامَةُ^(٢)، ومَخَالِفُهَا، أَي: قَرَاهَا.

قال الإمام^(٣): قال الأصحابُ [١١٧٥ / أ]: الطائِفُ، وَوَجٌّ^(٤)، وهو وادٌّ بالطائِفِ، وما يضافُ إليهما منسوبةٌ إلى مَكَّةَ، معدودةٌ من أعمالِها، وخَيْرٌ من مَخَالِيفِ المدينة.

ثم الحِجَازُ ضَرْبانِ: حَرَمُ مَكَّةَ، وغيرُهُ.

أَمَّا غيرُهُ، فيمنعُ الكَفَّارُ من الإقامة به، وفي مَنَعِهِم من الإقامة في الطرقِ الممتدَّة في بلادِ الحِجَازِ وجهانِ حكاهما الإمام^(٥):

الصحيحُ، وهو مُقتضى إطلاقِ الجمهور: نَعَمْ؛ لأنها من الحِجَازِ.

والثاني: لا؛ لأنها ليست مجتمعَ الناس، ولا موضعُ إقامة، ولا يَمْنَعُونَ من

(١) قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي في (المهذب: ٥ / ٣٤٠): «قال الأصمعي: سُمِّي حِجَازاً؛ لأنه حَجَزَ بين تهامة ونجد». وقال الدميري في (النجم الوهاج: ٩ / ٣٩٩): «وقيل: لا حتجازه بالحرار الخمس، وهي حَرَّةٌ واقم، وحَرَّةٌ راجل - بالراء والجيم - وحَرَّةٌ ليلي، وحَرَّةٌ بني سليم، وحَرَّةٌ وَبَرَةٌ». وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٤١ - ١٤٢)، و(معجم البلدان: ٢ / ٢٢٠ - ٢٢١)، و(آثار البلاد وأخبار العباد ص: ٨٤ - ٩٠)، و(المجموع: ١٨ / ٢٦٩)، و(المعالم الأثيرة ص: ٩٧)، و(البيان: ١٢ / ٢٩٠)، و(نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠ - ٦٣)، و(التهذيب: ٧ / ٥١٣)، و(السنن الكبرى للبيهقي: ٩ / ٢٠٨ - ٢٠٩).

(٢) اليمامة: مدينة من اليمن، على مرحلتين من الطائف، وأربع من مكة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٧٠١ - ٧٠٢). قال اللواء الركن محمود شيت خطاب في كتابه (قادة النبي ﷺ ص: ٢٩٩): «وهي في منطقة الرِّياض حالياً».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠).

(٤) وَجٌّ: بفتح الواو وتشديد الجيم (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٩٦)، قال أستاذنا العلامة محمد شُرَّاب في (المعالم الأثيرة ص: ٢٩٥): «يمرُّ في طرف الطائف من الجنوب الغربي، ثم الجنوب، ثم الشرق».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٢ - ٦٣).

ركوب بحر الحجاز^(١)؛ لأنه ليس موضع إقامة، ويمنعون من الإقامة في سواحلِهِ في الجزائر المسكونة في البحر.

ومتى دخل كافرُ الحجازَ بغير إذنِ الإمام، أخرجه، وعزّره إن علم أنه ممنوعٌ من دخوله، وإن استأذن في دخوله، أذن له إن كان في دخوله مصلحةٌ للمسلمين؛ كرسالة، أو عقد هُدنة، أو ذِمّة، أو حملٍ متاعٍ يحتاجُ إليه المسلمون.

وإن كان دخوله لتجارةٍ ليس فيها كثيرُ حاجةٍ للمسلمين، لم يأذن له إلا بشرط أن يأخذَ من تجارته شيئاً، هكذا أطلقه جماعةٌ، وحكوه عن النص.

وفي « التهذيب »: أنه يشترطُ عليه شيئاً، وهو إلى رأي الإمام^(٢)، ولعلّه أراد أن قدرَ المشروطِ إلى رأي الإمام، لا أصلَ الشرطِ فلا يخالفُ ما أطلقه غيره.

قلت: هذا الاحتمالُ هو مرادهُ من غير ترديدٍ، وهو مُقتضى عبارته. **والله أعلم.** ولا يمكنُ من دخلَ بالإذن أن يقيمَ أكثرَ من ثلاثة أيام، ويشترطُ عليه ذلك عند الدخول، ولا يُحسبُ من الثلاثة يومُ الدخول والخروج.

ولو كان له ديونٌ، حصلتْ بمعاملاته بعد الدخول، أو من وجّه آخرَ، ولم يمكن قبضُها في الحال، أمرَ أن يوكّل مسلماً بقبضها، وأُخرج هو.

ولو كان ينتقلُ من قريةٍ إلى أخرى ويقيمُ في كُلِّ واحدةٍ ثلاثة [أيام]^(٣)، لم يمنع.

وأما حَرَمُ مكة^(٤)، زاده الله شرفاً، فيمنعُ الكافرُ من دخوله، ولو كان مُجتازاً؛ فإن جاء برسالةٍ والإمامُ في الحرم، بعثَ إليه من يسمعه، ثم يخبرُ الإمامَ، أو خرجَ إليه الإمامُ، ويتعيّنُ عليه ذلك إذا قال الكافرُ: لا أُؤدّي الرسالةَ إلاّ مُشافهةً.

وإن جاء كافرٌ ليناظره، لِيُسَلِّمَ، خرجَ إليه من يناظره، وإن حملَ مِيرةً^(٥)، خرجَ إليه الراغبون في الشراء.

(١) بحر الحجاز: هو المعروف في أيامنا بـ « البحر الأحمر ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥١٣).

(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٤) حَرَمُ مكة: هو ما أحاط بمكة من جوانبها، وأطافَ بها، جعلَ الله عز وجل حكمه حُكمها في الحرمة تشريعاً لها (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٤٥).

(٥) الميرة: بكسر الميم: الطعام (المصباح: م ي ر).

وإن كان لذي مَالٍ فِي الْحَرَمِ، أَوْ دَيْنٌ، وَكَلَّ مُسْلِمًا لِيَقْبِضَهُ، وَيَسْلَمَهُ إِلَيْهِ. وَإِنْ بَذَلَ الْكَافِرُ عَلَى الدَّخُولِ مَالًا، لَمْ يُجِبْهُ إِلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ، فَالْصُّلْحُ فَاسِدٌ، فَإِنْ دَخَلَ، أُخْرِجَ، وَثَبَتَ الْعَوَضُ الْمُسَمَّى بِخِلَافِ الْإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ؛ فَإِنَّهُ إِنَّمَا تَثَبَّتْ فِيهَا أَجْرَةُ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّهُ - هُنَا - اسْتَوْفَى الْمَعْوِضَ، وَلَيْسَ لِمِثْلِهِ أَجْرَةٌ.

وإن دخل، ولم ينته إلى الموضع المشروط، وجبت الحصة من المسمى.

ولو دخل كافر بغير إذن الإمام؛ أُخْرِجَ، وَغُزِّرَ، إِنْ كَانَ عِلْمٌ، فَلَوْ مَاتَ فِيهِ، لَمْ يُدْفَنْ فِيهِ، فَإِنْ دُفِنَ، نُبِّشَ، وَأُخْرِجَ، فَإِنْ تَقَطَّعَ، تُرِكَ.

وفي «البحر» وجه: أنه تجمع عظامه إِنْ أُمِكنَ وتخرج، وبهذا قطع الإمام^(١)، وبالأول قال الجمهور.

ولو مرض فيه، لم يُمرَضَ فيه؛ بل ينقل وإِنْ خِيفَ من النقل موته.

ولو مرض [١١٧٥ / ب] كافر في الحجاز خارج الحرم، قال الإمام^(٢): إِنْ أُمِكنَ نَقْلُهُ بِلا مَشَقَّةٍ عَظِيمَةٍ عَلَيْهِ، كُلَّفَ الْإِنْتِقَالُ، فَإِنْ خِيفَ عَلَيْهِ الْمَوْتُ، تَرَكَ حَتَّى يَبْرَأَ، وَإِنْ لَمْ يَخَفِ الْمَوْتَ، وَلَكِنْ تَنَالَهُ مَشَقَّةٌ عَظِيمَةٌ، فَالْأَصَحُّ تَكْلِيفُهُ الْإِنْتِقَالَ^(٣).

وجواب جمهور الأصحاب: أنه لا ينقل مطلقاً، فلو مات في الحجاز، وتعدَّرَ نَقْلُهُ، دُفِنَ فِيهِ، وَلَفِظَ الْإِمَامُ^(٤): أَنَا نَوَارِيهِ مُوَارَاةَ الْجَيْفِ. وَإِنْ كَانَ فِي طَرَفِ الْحِجَازِ، نَقِلَ لِسُهُولَتِهِ.

وأطلق أكثرهم أنه يدفن فيه، وقالوا: إِذَا جَازَ تَرْكُهُ فِي الْحِجَازِ؛ لِلْمَرَضِ، فَلِلْمَوْتِ أَوْلَى. وَذَكَرَ الْبَغَوِيُّ^(٥) تَفْصِيلاً جَيِّدًا، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ أُمِكنَ نَقْلُهُ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ، نَقِلَ، وَلَمْ يُدْفَنْ فِيهِ، وَإِنْ خِيفَ عَلَيْهِ التَّغْيِيرُ، دُفِنَ؛ لِلضَّرُورَةِ.

وَإِذَا دُفِنَ حَيْثُ لَا يُؤَدَّنُ فِيهِ، هَلْ يُنْبَشُ وَيُخْرِجُ عِنْدَ التَّمَكُّنِ؟ وَجِهَانِ، حَكَاهُمَا

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٢) كلمة: «الإمام»، ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٥) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥١٤).

الإمام^(١)، والصحيح: المنع، وبه قطع الجمهور، فعلى هذا: قال الإمام^(٢): لا يبعد أن لا يرفع نعش قبره^(٣).

وأما حرّم المدينة^(٤)، فلا يلحق بحرّم مكة فيما ذكرنا، لكن استحسن الرؤياني أن يخرج منه إذا لم يتعدّ الإخراج، ويدفن خارجه.

أما غير الحجاز، فيجوز تقرير الكفار فيه بالجزية، ولكل كافر دخوله بالأمان.

وإذا استأذن كافر في الدخول، لم يؤذن له إلا لحاجة؛ لأنه لا يؤمن أن يجس^(٥)، أو يطّلع على عورة، ويتولّد من اطلاعه فساد، أو يفتك بمسلم.

ويؤذن له إذا كان في دخوله مصلحة للمسلمين؛ كرسالة، وعقد ذمة، أو هدنة.

وإن كان يدخل؛ لتجارة، فللإمام أن يأذن له إذا رأى ذلك، ويأخذ من تجارته شيئاً، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإذا دخل لبعض هذه الأغراض، فليكن مكته بقدر الحاجة، وليس لكافر أن يدخل مساجد هذه البلاد بغير إذن، ولا يؤذن له في دخولها؛ لأكل، ولا نوم، لكن يؤذن؛ لسماع القرآن، أو الحديث، والعلم.

قال الرؤياني: وكذا لحاجته إلى مسلم، أو حاجة مسلم إليه. وإذا دخل بلا إذن

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤).

(٣) كذا في الأصول الخطية، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥١٧): «لا يبعد أن لا يرفع نعش قبره». ونص الإمام في مطبوع (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٤): «وليس يبعد عندنا [الألمع] نبش قبره»، وعلّق الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في حاشيته على (نهاية المطلب): «عبارة الأصل: وليس يبعد عندنا نبش قبره، و(هـ ٤): وليس يبعد عندنا أن لا يرفع نبش قبره، والمثبت من تصرف المحقق تغييراً، وزيادة».

(٤) حرّم المدينة: حدوده: من جبل ثور (جبل صغير أحمر خلف جبل أحد في شمالها) إلى جبل عير (بقرب ذي الحليفة: أبار عليّ الآن) في جنوبها. ومن حرّة واقم في شرقها إلى حرّة الوبرة في غربها، وتنعطف الشرقية والغربية من جهة الشمال والجنوب، مما يجعل المدينة بين حرّات أربع. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٤٧ - ١٤٨)، و(المعالم الأثيرة ص: ٩٨)، وما كتبه العلامة محمد فؤاد عبد الباقي في تعليقه على (صحيح مسلم: ٢ / ٩٩٥ - ٩٩٨).

(٥) يجس: أي: ينقل أخبار المسلمين إلى أعدائهم.

إِنْ كَانَ جَاهِلًا فَمَعْدُورٌ، وَيَعْرِفُ، وَإِنْ كَانَ عَالِمًا، عَزَّرَ، وَقِيلَ: لَا يُعَزَّرُ إِلَّا أَنْ يَشْرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يَدْخُلَ بِلَا إِذْنٍ.

وَجُلُوسُ الْقَاضِي فِي الْمَسْجِدِ إِذْنٌ لِلْكَافِرِ فِي الدَّخُولِ، إِذَا (١) كَانَ لَهُ خُصُومَةٌ، وَهَلْ يَفْرَقُ بَيْنَ كَوْنِهِ جُنُبًا، وَغَيْرِهِ؟ وَجِهَانِ سَبَقَا فِي «كِتَابِ الصَّلَاةِ»، وَالصَّحِيحُ الْأَشْهَرُ أَنَّهُ يَكْفِي إِذْنُ أَحَادِ الْمُسْلِمِينَ فِي دُخُولِ كُلِّ الْمَسَاجِدِ.

وَقَالَ الرَّوْيَانِيُّ: لَا يَكْفِي فِي الْجَامِعِ إِلَّا إِذْنُ السُّلْطَانِ، وَفِي مَسَاجِدِ الْقِبَائِلِ، وَالْمَحَالِّ وَجِهَانٍ.

أَحَدُهُمَا: يَشْتَرَطُ إِذْنُ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْجِهَادِ.

وَأَصْحُهُمَا: يَكْفِي إِذْنُ مَنْ يَصِحُّ أَمَانُهُ.

وَإِذَا قَدِمَ وَفَدَ مِنَ الْكُفَّارِ، فَلَا أَوْلَى أَنْ يَنْزِلَهُمُ الْإِمَامُ فِي دَارِ مُهَيَّاةٍ لَذَلِكَ، أَوْ فِي فُضُولِ مَسَاكِينِ الْمُسْلِمِينَ؛ فَإِنْ لَمْ يَتَسَيَّرْ، فَلَهُ أَنْزَالُهُمْ فِي الْمَسْجِدِ. وَيَجُوزُ تَعْلِيمُهُمُ الْقُرْآنَ إِذَا رُجِيَ إِسْلَامُهُمْ، وَلَا يَجُوزُ إِذَا خِيفَ اسْتِخْفَافُهُمْ، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي تَعْلِيمِ أَحَادِيثِ النَّبِيِّ ﷺ، وَالْفَقْهِ، وَالْكَلَامِ، وَلَا يَمْنَعُونَ مِنَ الشُّعْرِ، وَالنَّخْوِ. قَالَ الرَّوْيَانِيُّ: وَمَنْعُهُ بَعْضُ الْفُقَهَاءِ؛ لِثَلَاثٍ يَتَطَاوَلُوا بِهِ عَلَى مُسْلِمٍ، لَا يُحْسِنُهُ.

قُلْتُ: قَالَ أَصْحَابُنَا: لَا يَمْنَعُ الْكَافِرُ مِنْ سَمَاعِ الْقُرْآنِ، وَيَمْنَعُ مَنْ مَسَّ الْمُصْحَفَ [١١٧٦ / ١]، وَلَا يَجُوزُ تَعْلِيمُهُ الْقُرْآنَ إِنْ لَمْ يُرَجَّ إِسْلَامُهُ، وَيَمْنَعُ (٢) التَّعْلِيمَ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ رُجِيَ، جَازَ تَعْلِيمُهُ عَلَى الْأَصَحِّ. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

فَرَعٌ: مَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ لِتِجَارَةٍ، أَوْ رِسَالَةٍ لَمْ يَمْكُنْ مِنْ إِظْهَارِ خَمْرِ، وَلَا خِنْزِيرٍ، وَلَا يَأْذُنُ لَهُ الْإِمَامُ فِي حَمَلِهِمَا (٣) إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ.

الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الْمَالُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ

وفيه مسائل:

إِحْدَاهَا: أَقْلُ الْجَزِيَةِ دِينَارٌ لِكُلِّ سَنَةٍ، هَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ الْمَوْجُودُ فِي كُتُبِ

(١) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «وَإِذَا».

(٢) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «وَيَمْنَعُهُ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «حَمَلَهَا».

الأصحاب، وذكر الإمام^(١) أَنَّ الأقلَّ دينارٌ، أو اثنا عشرَ درهماً نُقْرَةً خالصةً مسكوكةً، يتخَيَّرُ الإمامُ بينهما، ولا يلزُمُ الإمامُ أَنْ يَخَيَّرَهُمْ بأقلِّ الجزية؛ بل يستحبُّ أَنْ يُمَاسِكَ حَتَّى يَأْخُذَ مِنَ الْغَنِيِّ أَرْبَعَةَ دنانير، ومن المتوسطِّ دينارين.

وقال الإمام^(٢): مَوْضِعُ الْمُمَاسَكَةِ^(٣) ما إذا لم يعلم الكافرُ جوازَ الاقتصارِ على دينارٍ؛ فَإِنْ عَلِمَ، تَطَلَّبَ الزيادةُ استمَاحَةً؛ فَإِنْ امْتَنَعُوا مِنْ بَذْلِ ما زَادَ على دينار، وجبَ تقريرُهم بالدينار، سواءً فيه الغنيُّ والفقيرُ.

ولو عقدَ بأكثرَ مِنْ دينار، ثم علمَ أَنَّ الزيادةَ غيرُ لازمة، لزمَهُ ما التزمَ، كمن اشترى شيئاً بأكثرَ^(٤) من ثمنٍ مثله، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ الزيادة، فوجهان.

أحدهما: يقنع بالدينار.

وأصحُّهما: أَنَّهُ نَاقِضٌ للعهد بذلك، كما لو امتنعَ مِنْ أداءِ أصلِ الجزية، وحينئذٍ هل يبلغُ المأمَنُ، أم يُقْتَلُ؟ قولان، سندكرهما، إِنْ شاءَ اللهُ تعالى، فَإِنْ بَلَغَ المأمَنُ وعادَ، فطلبَ العقدَ بدينارٍ، أَجَبْنَاهُ، هَكَذَا ذَكَرَهُ الْبَغَوِيُّ^(٥).

وأطلق الإمام^(٦) أَنَّهُ إِذَا قَبِلَ الزيادةَ، ثُمَّ نَبَذَ الْعَهْدَ إِلَيْنَا، لَا يُغْتَالُ. وَإِذَا طَلَبَ تجديدَ عقدٍ بالدينار، لزمَ إجابتهُ.

ثم إِنْ كَانَ النَبْذُ بَعْدَ مُضِيِّ سَنَةٍ، لزمَهُ ما التزمَ، وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَائِهَا، لزمَهُ بِقِسْطِهِ؛ تَفْرِيعاً عَلَى الْمَذْهَبِ فِيمَا إِذَا مَاتَ الذَّمِيُّ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ.

فَرْعٌ: نصَّ أَنَّهُ لَوْ شَرَطَ عَلَى قَوْمٍ أَنْ عَلَى فَقِيرِهِمْ ديناراً، ومتوسطهم دينارين، وغنيهم أربعة، جازَ. والاعتبارُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ بِوَقْتِ الْأَخْذِ، لَا بِوَقْتِ الْعَقْدِ، وَلَا بِمَا يَطْرَأُ، وَإِنْ قَالَ بَعْضُهُمْ: أَنَا مُتَوَسِّطٌ، أَوْ فَقِيرٌ، قَبْلَ قَوْلِهِ إِلَّا أَنْ تَقُومَ بَيِّنَةٌ بخلافه.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٨).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٨).

(٣) المماسكة: المُشَاحَاة. انظر: (النجم الوهاج: ٩ / ٤٠٤).

(٤) في المطبوع: «أكثر».

(٥) انظر: (التهذيب: ٧ / ٤٩٩).

(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٩).

المسألة الثانية: لو مات الذمي، أو أسلم بعد مُضيِّ السنة، لم تسقط الجزية كسائر الديون، فتؤخذ من تركته، ومنه إذا أسلم.

ولو مضت سنون، ولم يؤدَّ الجزية، أخذت منه، ولم تتداخل، كالديون.

ولو مات، أو أسلم في أثناء السنة، فهل يجب قسط ما مضى، كالأجرة، أم لا يجب شيء، كالزكاة؟ قولان.

أظهرهما: الأول.

وقيل: تجب قطعاً.

وقيل: عكسه.

وقيل: لا تجب في الموت.

وفي الإسلام القولان، فإن أوجبنا، فهل للإمام أن يطالب في أثناء السنة بقسط ما مضى؟ وجهان.

أصحهما: لا، ويقرَّب منه ما ذكره البغوي هل للإمام أن يشترط تعجيلها؟ وجهان:

وجّه الجواز إلحاقها بالأجرة.

ومتى مات وعليه جزية، أخذت من تركته مقدمة على الوصية، كسائر الديون^(١).

فلو كان معها دين آدمي، فالمذهب والمنصوص أنه يسوّى بينها وبينه.

وقيل: فيه الأقوال الثلاثة في اجتماع دين الله تعالى، ودين الآدمي، هل يقدم ذا، أم ذاك، أم يسوّى؟^(٢).

وفي «الوسيط» طريقة جازمة^(٣) بتقديم الجزية، وهو غلط [١١٧٦ / ب].

الثالثة: يستحب للإمام إذا أمكنه، أن يشترط على أهل الذمة إذا صولحوا في

(١) في (ظ)، والمطبوع زيادة: «فتؤخذ من تركته، ومنه إذا أسلم» أراها إقحام ناسخ.

(٢) في المطبوع: «يستوي».

(٣) في المطبوع: «حازمة».

بلدانهم ضيافة مَنْ يَمُرُّ بهم من المسلمين، وشرطُ الضيافة يكون لجميع الطارقين، ولا يختصُّ بأهل الفِء، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور.

وقيل: في اختصاصهم وجهان.

وهل الضيافة زيادةٌ مقصودة في نفسها، أم محسوبةٌ من الجزية؟ وجهان.

أصحُّهما وأشهرهما: أنها زيادةٌ وراء أقلِّ الجزية، فعلى هذا: إن قبلوها، لزم الوفاء، وجرت مجرى الزيادة على دينار، وإن قلنا: إنها من الجزية، فعلمنا في آخر السنة أنَّ ما ضيفوا به لا ينقص عن دينار فذاك، وإن نقص، لزمهم تميمه.

وإذا شرطنا الضيافة، ثم رأى الإمام نقلها إلى الدنانير، فليس له ذلك على الأصحِّ إلَّا برضاهم، فإن رُدَّت إلى الدنانير، فهل يبقى للمصالح العامة، أم يختصُّ بأهل الفِء؟ وجهان.

أصحُّهما: الاختصاص، كالدنانير المضروبة.

وتشترط الضيافة على الغني والمتوسط، وفي الفقير أوجه.

أصحُّها: لا تشترط عليه.

والثاني: بلى.

والثالث: تشترط على المعتَمِل دون غيره.

ويتعرَّض الإمام عند اشتراط الضيافة لأمر.

منها: أنَّ يبيِّن عدد أيام الضيافة في الحول، كمئة يوم، أو أقلَّ، أو أكثر.

وفي «البحر»: أنه لو لم يذكر عدد الأيام في الحول، وشرط ثلاثة أيام مثلاً عند قدوم كل قوم، فوجهان: إن جعلناها جزية، لم يَجُزْ، وإلَّا فيجوز.

ومنها: بيان عدد الضيفان من الفُرسان، والرَّجالة.

وعن «الحاوي» أنَّ التعرُّض لعدد الضيفان؛ إنَّما يشترط إذا جعلنا الضيافة من الجزية؛ فإنَّ جعلناها وراءها، جاز أن لا يبيِّن العدد.

ثم إنَّ تساووا في الجزية، تساووا في الضيافة، وإن تفاوتوا، فاوت بينهم، فيجعل على الغني ضيافة عشرين مثلاً، وعلى المتوسط عشرة، والفقير؛ إن قلنا باشتراطها عليه خمسة.

وفي وجه: يسوي بينهم في الضيافة، وإن تفاوتوا في الجزية.

ولو شرط عدد الضيفان على جميعهم، وقال: تضيفون في كل سنة ألف مسلم، قال الرُّوياني: يكفي ذلك، ثم هم يوزعونها، أو يتحمل بعضهم عن بعض.

ومنها: بيان ذلك الطعام والإدام وجنسهما، فيقول: لكل واحد كذا من الخبز، وكذا من السمن، أو الزيت، وتعرض لعلف الدواب من التبن، أو الحشيش، أو القَت^(١)، ولا يحتاج إلى ذكر قدر العلف. وإن ذكر الشعير، بين قدره، وإطلاق العلف لا يقتضي الشعير، نص عليه.

ومنها: بيان^(٢) منزل الضيفان من فضول منازلهم، أو كنائسهم، أو بيوت الفقراء الذين لا يضيفون، وليكن الموضع بحيث يدفع الحر والبرد، ولا يخرجون أهل المنازل منها.

ومنها: أن يبين مدة مقام الضيف^(٣)، ولا يزيد على ثلاثة أيام، وقال ابن كج: يشترط على المتوسط ثلاثة أيام، والغني ستة.

وقال الإمام^(٤): وإذا حصل التوافق على الزيادة، فلا منع، ولا يفرق بين الطبقات في جنس الطعام.

فَرَعُ: لو أراد الضيف أن يأخذ منهم ثمن الطعام، لم يلزمهم، ولو أراد أن يأخذ الطعام، ويذهب به، ولا يأكله، فله ذلك بخلاف طعام الوليمة؛ لأن هذه معاوضة، وتلك مكرمة، ولا يطالبهم بطعام الأيام الثلاثة في اليوم الأول.

ولو لم يأتوا [١١٧٧ / أ] بطعام اليوم، فهل للضيف المطالبة من الغد؟ إن جعلنا الضيافة محسوبة من الدينار، فله ذلك، وإلا، فلا.

ولا تلزمهم أجره الطبيب، والحمّام، وثمن الدواء.

ولو تنازعوا في إنزال الضيف، فالخيار له.

(١) القَت: الفصفصة إذا يست (المصباح: ق ت ت).

(٢) كلمة: «بيان»، ساقطة من المطبوع.

(٣) مدة مقام الضيف: بضم الميم، أي: قدر إقامته. انظر: (النجم الوهاج: ٩ / ٤١٢).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢١).

ولو تزاحم الضيفان على ذمي، فالخيار له.

ولو قلَّ عددهم، وكثُر الضيفان، فالسابق أحق، فإن تساوا، أقرع، وليكن للضيفان عريف، يرتب أمرهم.

فصل: تؤخذ الجزية على سبيل الصغار والإهانة؛ بأن يكون الذمي قائماً، والمسلم الذي يأخذها جالساً، ويأمره بأن يخرج يده من جيبه، ويخني ظهره، ويطأ طيء رأسه، ويضرب ما معه في كفة الميزان، يأخذ المستوفي بلحيته، ويضرب في لَهْزَمَتِهِ^(١)، وهي: مُجْتَمَعُ اللَّحْمِ بين الماضغ والأذن^(٢)، وهذا معنى الصغار عند بعضهم^(٣)، وهل هذه الهيئة واجبة، أم مستحبة؟ وجهان.

أصحبهما: مستحبة، ويبنى عليهما أنه هل يجوز أن يوكل الذمي مسلماً بأداء الجزية، وأن يضمنها مسلم عن ذمي، وأن يحيل ذمي بها على مسلم؟ فإن أوجبنا إقامة الصغار عند أداء الجزية، لم يجز، وإن قلنا: المقصودُ تحصيلُ ذلك المال، ويحصل الصغار بالتزامه المال، والأحكام كرهاً، جاز، والضمان أولى بالصحة؛ لأنه لا يمنع مطالبة الذمي وإقامة الصغار عليه.

ولو وكل ذمي ذمياً بالأداء، قال الإمام^(٤): الوجه: طردُ الخلاف.

ولو وكل مسلماً في عقد الذمة له، جاز؛ لأن الصغار يرعى عند الأداء دون العقد.

قلت: هذه الهيئة المذكورة أولاً، لا نعلم لها على هذا الوجه أصلاً معتمداً، وإنما ذكرها طائفة من أصحابنا الخراسانيين، وقال جمهور الأصحاب: تؤخذ الجزية

(١) اللَهْزِمَةُ: بكسر اللام والزاي: عظمٌ ناتئ في اللَّحْيِ تحت الأذن، وهما لَهْزِمَتَانِ (المصباح: ل ه ز م)، وفي حديث الزكاة: «ثم يأخذ بلَهْزَمَتَيْهِ» قال في نهاية الغريب: «يعني: شديقه»، وانظر: «النجم الوهاج: ٩ / ٤٠٨».

(٢) في المطبوع زيادة: «من اللَّحْيِ».

(٣) وهناك معنى آخر للصغار: وهو جريان أحكام الإسلام عليهم على خلاف عقيدتهم، فإن أشد الصغار على المرء أن يحكم عليه بغير ما يعتقده. انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٧)، و (التهذيب: ٧ / ٤٩٨)، و (البيان: ١٢ / ٢٧٤ - ٢٧٥)، و (فتح العزيز: ١١ / ٤٩٢)، و (النجم الوهاج: ٩ / ٤٠٩).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٧).

برفق، كأخذ الديون، فالصواب الجزم بأن هذه الهيئة باطلة مردودة على من اخترعها، ولم يُنقل أن النبي ﷺ، ولا أحداً^(١) من الخلفاء الراشدين فعل شيئاً منها، مع أخذهم الجزية، وقد قال الرافعي، رحمه الله في أول « كتاب الجزية »^(٢): الأصح عند الأصحاب: تفسير الصغار بالتزام أحكام الإسلام، وجريانها عليهم، وقالوا: أشد الصغار على المرء أن يحكم عليه بما لا يعتقده، ويضطر إلى احتمالِه. والله أعلم.

فصل: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه طلب الجزية من نصارى العرب وهم: تنوخ^(٣)، وبهراء^(٤)، وبنو تغلب^(٥)، وهم قبائل من العرب تنصروا، لا يعلم متى تنصروا، وهم مقررّون بالجزية، فقالوا: نحن عرب لا نوّدي ما يوّدي العجم، فخذ منا ما يأخذ بعضكم من بعض، يعنون: الزكاة، فقال عمر رضي الله عنه: هذا فرض المسلمين، فقالوا: زد ما شئت بهذا الاسم، لا باسم الجزية، فراضاهم على أن تُضَقَّ عليهم الزكاة^(٦)، قال الأصحاب: ولم يخالف عمر أحد من الصحابة رضي الله عنهم، فصار كالإجماع.

(١) في (ظ)، والمطبوع: « أحد ».

(٢) انظر: (فتح العزيز: ١١ / ٤٩٢).

(٣) تنوخ: جدّ جاهلي. قال الزركلي في (الأعلام: ٢ / ٨٨): « تنوخ (فيما ينقله المسعودي، وعنه ابن خلدون) ابن مالك بن فهم بن تيم الله، من قُضاة. وعلماؤ اللغة والأنساب ينكرون وجود شخص اسمه «تنوخ»، ويعُدّون نسبه الأنف ذكره باطلاً، ويقولون: إن لفظ «تنوخ»، ومعناه: الإقامة (من أناخ في المكان) اسمٌ أطلق على عدة قبائل يمانية (أو أكثرها يمانية)، اجتمعت في البحرين، وتحالفت على التناصر فسميت تنوخاً، لتنوخها، أي: إقامتها، ولم تكشف لنا الآثار حتى الآن ما يحقق أحد القولين. ولهشام الكلبي النسابة كتاب: أخبار تنوخ وأنسابها، لم يصل إلينا ».

(٤) بهراء: بفتح الباء الموحدة، وإسكان الهاء، وبالمذ: هي قبيلة معروفة من قُضاة، والنسبة إليها: بهرائي، كصنعاني، على غير قياس (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٤٧)، وانظر: (المصباح: ب ه ر)، و (المعالم الأثرية ص: ٥٤).

(٥) بنو تغلب: تغلب: قبيلة تنسب إلى جدّ جاهلي اسمه: تغلب بن وائل بن قاسط، من بني ربيعة، من عدنان. النسبة إليه: تغلبي، بفتح التاء وكسرها، ولابن السائب الكلبي كتاب: أخبار بني تغلب وأيامهم وأنسابهم. انظر: (المصباح: غ ل ب)، و (الأعلام: ٢ / ٨٥).

(٦) حديث عمر مع نصارى العرب، وقبولهم تضعيف الصدقة فراراً من اسم الجزية، رواه عبد الرزاق في (المصنف: ٩٩٧٤)، و (البيهقي في السنن الكبرى: ٩ / ٢١٦)، وغيره. انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٩)، و (التلخيص الجبير: ٤ / ١٢٨).

وعقدَ الذمةَ لهم مؤبداً، فليس لأحدٍ نقضُ ما فعله، قالوا: وفيه إشكالٌ مِنْ وجهين .

أحدهما: أنه ربّما كان فيهم مَنْ يَقِلُّ ماله الزكويُّ، فيكون المأخوذُ منه أقلَّ من دينارٍ، وربّما قلَّتْ أموالُهم الزكوية، فينقص المأخوذُ عن دينارٍ لكل رأس .

الثاني: أنه وإنْ وفَّى المأخوذُ بدينارٍ لكل رأس، فربّما كان فيهم مَنْ لا يملكُ مالاً [١١٧٧ / ب] زكويّاً فيكون قد قُرِّرَ بلا جزية، ولا يجوزُ ذلك، وإنْ بذَلَ غيرهُ أكثرَ من دينارٍ، كما لو قال واحدٌ: خذوا مني عَشْرَةَ دنانيرَ على أنْ لا جزيةَ على تسعةٍ معي، ولم يُنْقَلْ أنه رضي اللهُ عنه سألَ عن هذه الأمور .

وأجيبَ عن الأول: بأنَّ فِعْلَهُ رضيَ اللهُ عنه محمولٌ على أنَّ المأخوذَ لا ينقصُ عن دينارٍ لكلِّ رأسٍ، أو أنه شرطَ عليهم الإتمامَ إنْ نقصَ .

وقيل: احتمالُ ذلك؛ لأنه إنْ نقصَ في وقتٍ فربّما زاد في وقتٍ فتَجَبَّرُ الزيادةُ النقصَ .

وعن الثاني: بأنَّ المأخوذَ من أصحابِ الأموالِ الزكويَّةِ مأخوذٌ عنهم وعن الآخرين، ولبعضهم أنْ يلتزمَ عن نفسه وعن غيره، وغرضنا تحصيلُ دينارٍ عن كلِّ رأسٍ، لهذا ما ذكره ابنُ أبي هُريرة، والأكثرُونَ .

وقال أبو إسحاق: لا يجوزُ؛ لأن فيه تقريرَ بعضهم بلا مال، وأجري الوجهانِ فيما لو التزمَ واحدٌ عَشْرَةَ ^(١) دنانيرَ عنه، وعن تسعةٍ .

إذا تقررَ هذا، فلو طلبَ قومٌ من أهلِ الكتابِ أنْ يؤدُّوا الجزيةَ باسمِ الصدقةِ، ولا يؤدُّوها باسمِ الجزيةِ، فلا إمامَ إجابَتهم إذا رأى ذلك، ويسقطُ عنهم الإهانةُ واسمِ الجزيةِ، ويأخذُ ضِعْفَ الصدقةِ، وسواءٌ في هذا العربُ والعجمُ .

وقيل: يختصُّ الجوازُ بالعربِ؛ لشرفهم، والصحيحُ: الأولُ، ويشترطُ عليهم بمالِ الزكاةِ وقدرها، ويكفي أنْ يقولَ الإمامُ: جعلْتُ عليكم ضِعْفَ الصدقةِ، أو صالحتكم على ضِعْفِ الصدقةِ .

والمأخوذُ جزيةٌ تُصرفُ مَصْرَفَ الفِءِ، ولا يؤخذُ شيءٌ من أموالِ الصبيانِ والمجانينِ والنسوةِ، وينظرُ في الحاصلِ هل يفي بدينارٍ عن كلِّ رأسٍ؟ فإنَّ لم يَفِ، زادَ إلى ثلاثةِ أضعافٍ، فأكثرَ، وهل يدخلُ الفقيرُ في التوزيعِ؟ فيه الخلافُ السابقُ في أنه تؤخذُ منه جزيةٌ أم لا؟

ولو كَثُرُوا، وَعَسَرَ عَدَدُهُمْ؛ لمعرفةِ الوفاءِ بالدينارِ، فهل يجوزُ الأخذُ بغلبةِ الظنِّ؟ وجهان.

أصحُّهما: لا؛ بل يشترطُ تحقُّقُ أخذِ دينارٍ عن كلِّ رأسٍ، ويجوزُ الاقتصارُ على قَدْرِ الصدقةِ، وعلى نصفِها إذا حصلَ الوفاءُ بالدينارِ، واستحبَّ جماعةٌ زيادةَ شيءٍ على قَدْرِ الصدقةِ لإسقاطِ اسمِ الجزيةِ، ولم يستبعد الإمام^(١) المنعَ لما فيه من تشبيههم بالمسلمين في المأخوذِ، وحَطَّ الصَّغارُ بلا غَرَضٍ ماليٍّ، وإذا شرطَ ضعفُ الصدقةِ، وزادَ على دينارٍ، ثم سألوا إسقاطَ الزيادةِ، وإعادةَ اسمِ الجزيةِ، أُجيبوا على الصحيح.

فَرْعٌ: يأخذُ مِنْ خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ شَاتَيْنِ، وَمِنْ عَشْرِ أَرْبَعاً، وَمِنْ خَمْسٍ وَعَشْرِينَ بَنَتَيْ مَخَاضٍ، وَمِنْ أَرْبَعِينَ شَاةً شَاتَيْنِ، وَمِنْ ثَلَاثِينَ بَقَرَةً تَبِيعَيْنِ^(٢)، وَمِنْ عَشْرِينَ دِينَاراً دِينَاراً، وَمِنْ مِثْتَيْ دَرَاهِمَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، وَمِمَّا سَقَتِ السَّمَاءُ الْخُمْسَ، وَمِمَّا سُقِيَ بِالنَّوَاضِحِ الْعُشْرَ، وَمِنْ الرِّكَازِ خُمُسَيْنِ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، وَمِنْ مِثْتَيْ بَعِيرٍ ثَمَانِي حِقَاقٍ، أَوْ عَشَرَ بَنَاتِ لَبُونٍ، وَلَا يَفَرَّقُ فَيؤْخَذُ أَرْبَعُ حِقَاقٍ وَخَمْسُ بَنَاتِ لَبُونٍ، كَمَا لَا يَفَرَّقُ فِي الصَّدَقَةِ، وَمِنْ سِتِينَ بَقَرَةً أَرْبَعَةً أَتْبَعَةً لَا ثَلَاثَ مُسِنَّاتٍ، وَمِنْ سِتٍّ وَأَرْبَعِينَ بَعيراً حَقَّتَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُمَا فَبَنَتَيْ لَبُونٍ مَعَ الْجُبْرَانِ، وَمِنْ سِتٍّ وَثَلَاثِينَ بَنَتَيْ لَبُونٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَبَنَتَيْ مَخَاضٍ مَعَ الْجُبْرَانِ.

وفي تضعيفِ الجُبرانِ وجهان.

أحدهما: تَضَعُفُ، فَيؤْخَذُ مَعَ كُلِّ بَنَتٍ مَخَاضٍ شَاتَانِ [١١٧٨ / ١]، أَوْ عَشْرُونَ دَرَاهِمًا، فَإِنْ لَمْ نَجِدْ فِي مَالٍ صَاحِبِ السِتِّ وَالثَّلَاثِينَ بَنَتِ لَبُونٍ وَعِنْدَهُ حِقَاقٌ، أَخَذْنَا حَقَّتَيْنِ وَرَدَدْنَا جُبْرَانَيْنِ وَلَا يَضَعُفُ الْجَبْرَانُ هُنَا قِطْعاً، وَيَخْرُجُ الْإِمَامُ الْجَبْرَانُ مِنْ

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٩ - ٧٠).

(٢) في المطبوع: «تبيعتين».

الفيء كما يصرفه إذا أخذه إلى الفيء، وهل يؤخذ من بعض النصاب قسطنه من واجب النصاب، كشاة من عشرين ونصف شاة من عشر؟ فيه قولان.

أظهرهما: لا.

والثاني: نعم، رواه البُوطي، فعلى هذا: يؤخذ من مئة شاة ونصف شاة ثلاث شياه، ومن سبعة أبعرة ونصف ثلاث شياه، ومن خمس وثلاثين بقرة تبيع ومُسِنَّة، وأجري الخلاف في الأوقاص، هل يحط عنهم، أم يجب قسط المأخوذ في حقهم؟ وقيل: إن أدى الأخذ من الوقص إلى التشقيص مع التضعيف لم يؤخذ، وإلا فيؤخذ.

فَرْع: إذا ضرب الجزية على ما يحصل من أرضهم من ثمر، وزرع باسم الصدقة، فباع بعضهم أرضه^(١)، صحَّ بيعه؛ فإن بقي مع البائع ما يفي^(٢) الحاصل منه بالمشروط عليه، فذاك، وإلا انقلب الجزية إلى رقة البائع.

وأما المشتري؛ فإن كان مسلماً، فلا شيء عليه فيما اشتراه، وإن كان ذمياً، فإن كانت الجزية على رقبته، فكذلك، وإن كانت على حاصل أرضه، زاد الواجب بما اشتراه.

فصل: إذا استأذن حربي في دخول دار الإسلام، أذن له الإمام إن كان يدخل لرسالة، أو حمل ميرة^(٣)، أو متاع تشتد حاجة المسلمين إليه.

قال الإمام^(٤): ولا يجوز توظيف مال على رسول، ولا على مستجير لسماع كلام الله تعالى؛ لأن لهما الدخول بلا إذن.

وإن كان يدخل لتجارة لا تشتد الحاجة إليها، جاز للإمام أن يأذن له، ويشترط عليه عشر ما معه من مال التجارة. ولو دخل غير تاجر بأمان مسلم، لم يطالب بشيء.

وقيل: إن دخل الحجاز، وجب دينار؛ لعظم حرمة.

(١) في المطبوع: «فباع أرضهم»، بدل: «فباع بعضهم أرضه»، خطأ.

(٢) في المطبوع: «بقي»، تصحيف.

(٣) ميرة: طعام.

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٥).

ولو رأى الإمام أن يزيد المشروط على العُشر، جازَ على الأصح، ويجتهد فيه كما في زيادة الجزية على دينار. ولو رأى أن يحطَّ الضريبة عن العُشر، ويردّها إلى نصفِ العُشر فما دونه، فله ذلك، وله أن يشرطَ في نوعٍ من تجارتهم نصفَ العُشر، وفي غيره العُشر.

ولو رأى أن يأذنَ لهم بغير شيء، جازَ على الأصح، وبه قطع الجمهور؛ لأنَّ الحاجة تدعو إليه؛ لاتساع المكاسبِ وغيره.

ثم إن كان المشروط أن يأخذَ من تجارة الكافر، أخذَ، سواءً باع، أم لا، وإن كان المشروط أن يأخذَ من ثمنِ تجارته، لم يأخذَ حتَّى يبيعَ.

وأما الذمي، فله أن يتجرَّ فيما سوى الحجاز من بلاد الإسلام، ولا يؤخذَ من تجارته شيء، قال في «البيان»: إلّا أن يُشترطَ عليه مع الجزية شيءٌ من تجارته^(١). فلو أرادَ أن يدخلَ الحجازَ، ويتجرَّ فيه، فقد ذكر الغزاليُّ في «الوجيز» خلافًا في أنه هل يؤخذُ منه شيءٌ؟ ولا وجودَ لهذا الخلاف في شيءٍ من كُتب الأصحاب، ولم يذكره الإمام، والغزاليُّ في «الوسيط»؛ بل الذي نقله الأصحابُ أنَّ الذميَّ في الحجازِ كالحربيِّ في سائر بلاد الإسلام.

وما يؤخذُ من الذميِّ لا يؤخذُ في كُلِّ سنةٍ إلّا مرّةً، كالجزية، وكذا الحربي إذا أخذتُ منه الضريبةَ مرّةً لا تؤخذُ ثانيًا حتَّى يمضي^(٢) إذا كان يطوف^(٣) [١١٧٨ / ب] في بلاد الإسلام تاجرًا^(٤) ويكتب^(٥) له وللذميِّ براءة حتَّى لا يطالبَ في بلدٍ آخرَ قبل الحول، فإن رجعَ إلى دارِ الحرب، ثم عادَ في الحول، فهل تؤخذُ كُلُّ مرّةٍ، أم لا تؤخذُ إلّا مرّةً؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني، وهو ظاهرُ نصّه.

والإمام بالخيار فيما يضرُّه بين استيفائه دفعةً، أو دفعاتٍ. ثم ما ذكرنا من أخذِ

(١) انظر: (البيان: ١٢ / ٢٩٨).

(٢) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٣٣): زيادة: «حول».

(٣) في (أ): «يطرق».

(٤) في المطبوع: «بأجر»، خطأ.

(٥) في المطبوع: «أو يكتب بدل: «ويكتب»، خطأ.

المال من تجارة الحربي، أو الذمي هو فيما إذا شرط الإمام عليه، فأما إذا أذن لحربي في دخول^(١) دار الإسلام، أو لذمي في دخول الحجاز بلا شرط، فوجهان.

أحدهما: تؤخذ؛ حملاً للمطلق على المعهود.

وأصحهما: المنع؛ لأنهم لم يلتزموا.

فَرَعُ: المرأة التابعة للزوج، أو القريب في عقد الذمة إذا ترددت متجربة في الحجاز، أو في غير الحجاز، حكمها حكم الذمي.

فَصْلٌ: إذا صالحنا طائفة من الكفار على أن تكون أرضهم لهم، ويؤدوا خراجاً عن كُلِّ جَرِيْبٍ^(٢): في كُلِّ سنة كذا، جاز، ويستمر ملكهم ويكون المأخوذ جزية، تصرف مَصْرِفَ الفيء، والتوكيل بإعطائه، كالتوكيل بإعطاء الجزية، ويشترط أن يبلغ قدراً يخص كُلِّ واحدٍ من أهل الجزية منه ديناراً^(٣) إذا وُزِعَ على رؤوسهم، ويلزمهم ذلك زرعوا، أم لا، ولا يؤخذ من أرض صبي، ولا مجنون، ولا امرأة. ولهم بيع تلك الأرض، وهبتها، وإجارتها. وإذا أجزَّ بعضهم بعضها لمسلم بقي الخراج على المكري، ويلزم المستأجر الأجرة، وإن باع لمسلم، انتقل الواجب إلى رقبه البائع، ولا خراج على المشتري.

ولو أسلموا بعد الصلح، سقط الخراج، ويلزمهم أن يؤدوا عن الموات الذي يمنعوننا منه، دون ما لا يمنعون منه.

ولو أحيوا منه شيئاً بعد الصلح، لم يلزمهم شيءٌ لما أحيوا إلا إذا شرط عليهم أن يؤدوا عما يحيون.

ولو صالحناهم على أن الأرض لنا، ويسكنونها، ويؤدون عن كُلِّ جَرِيْبٍ، فهو عقد إجارة، والمأخوذ أجرة، فتجب معها الجزية ولا يشترط أن تبلغ ديناراً عن كُلِّ رأس، وتؤخذ من أرض النساء، والصبيان، والمجانين، ويجوز توكيل المسلم في

(١) كلمة: « دخول »، ساقطة من المطبوع.

(٢) جَرِيْب: بفتح الجيم وكسر الراء: قطعة من الأرض معلومة المساحة. قيل: إنها قطعة مربعة، وكُلُّ جانب منها ستون ذراعاً. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٨٤)، و(النظم المستعذب: ٢ / ٢٦٤)، و(المصباح: ج رب)، و(النجم الوهاج: ٩ / ٣٦٣).

(٣) في (س، أ): « دينار ».

أدائها، وليس لهم بيع تلك الأرض، ولا هبتها، ولهم إجارؤها.

الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي أَحْكَامِ عَقْدِ الذِّمَّةِ

فإذا صحَّ عقدُها، لَزِمْنَا شَيْءٌ، وَلَزِمَهُمْ شَيْءٌ؛ أَمَّا مَا يَلْزِمُنَا فَأَمْرَانِ.

أحدهما: الكفُّ عنهم؛ بَأَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لَهُمْ؛ نَفْسًا وَمَالًا، وَيُضْمَنُهَا الْمُتَلَفُ، وَلَا يَتَعَرَّضُ لِكُنَائِسِهِمْ عَلَى تَفْصِيلٍ، سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَا تُتَلَفُ خُمُورُهُمْ، وَخَنَازِيرُهُمْ إِلَّا إِذَا أَظْهَرُوهَا، فَمِنْ أَرَاقٍ، أَوْ قَتَلَ مِنْ غَيْرِ إِظْهَارٍ، عَصَى، وَلَكِنْ لَا ضَمَانَ.

ولو باع ذميٌّ لمسلم خمرًا، أُرِيْقَتْ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَلَا ثَمَنٌ لِلذِّمِّيِّ، وَإِنْ غَصَبَهَا مِنْ ذِمِّيٍّ، وَجِبَ رَدُّهَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَعَلَيْهِ مُؤَنَةُ الرَّدِّ.

قال البَعَوِيُّ: ولو كان لمسلمٍ على ذميٍّ دَيْنٌ، فَقَضَاهُ، وَجِبَ الْقَبُولُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْمُؤَدَّى ثَمَنٌ مُحَرَّمٌ، فَإِنْ عَلِمَ؛ بَأَنْ بَاعَ الْخَمْرَ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَأَخَذَ ثَمَنَهَا، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِهِ؟ وَجَهَانِ.

أصْحُهُمَا: لَا يُجْبَرُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ؛ بَلْ لَا يَجُوزُ الْقَبُولُ.

ولو كان لذميٍّ على ذميٍّ دَيْنٌ، وَرَهْنٌ بِهِ خَمْرًا، لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهَا، كَمَا لَوْ بَاعَهُ الْخَمْرَ، فَإِنْ وَضَعَهَا [١١٧٩ / أ] عِنْدَ مُسْلِمٍ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِمْسَاكُهَا.

ولو كان لمسلمٍ على ذميٍّ دَيْنٌ، فَرَهْنٌ بِهِ خَمْرًا، لَمْ يَجُزْ.

الْأَمْرُ الثَّانِي: يَلْزِمُ الْإِمَامَ دَفْعُ مَنْ قَصَدَهُمْ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ، إِنْ كَانُوا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَإِنْ كَانُوا مُسْتَوْتِنِينَ دَارَ الْحَرْبِ وَبَدَلُوا الْجِزْيَةَ، لَمْ يَجِبِ الذَّبُّ عَنْهُمْ.

وإِنْ كَانُوا مُنْفَرِدِينَ بِبِلَدَةٍ فِي جَوَارِ الدَّارِ، وَجِبَ الذَّبُّ عَلَى الْأَصْحِ، هَذَا إِذَا جَرَى الْعَقْدُ مُطْلَقًا، فَإِنْ جَرَى بِشَرْطِ أَنْ يَذَبَّ أَهْلُ الْحَرْبِ، وَجِبَ الْوَفَاءُ بِالْمِلْتَزَمِ، وَفِيهِ احْتِمَالٌ لِلْإِمَامِ ^(١). وَإِنْ جَرَى بِشَرْطِ أَنْ لَا يَذَبَّ عَنْهُمْ؛ فَإِنْ كَانُوا مَعَ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ فِي مَوْضِعٍ إِذَا قَصَدَهُمْ أَهْلُ الْحَرْبِ كَانَ مَرُورُهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَسَدَ الشَّرْطُ، وَكَذَا الْعَقْدُ عَلَى الصَّحِيحِ.

وإن كانوا منفردين، ولا يمرُّ أهلُ الحرب بهم، صَحَّ الشرطُ، وحكى الإمام^(١) وجهاً: أنَّ شرطَ تركِ الذبِّ فاسدٌ مطلقاً، والصحيحُ: الأول، وهل يُكرَهُ؟ فيه نصان حملوهما على حالين؛ فإنَّ طلبَ الإمامِ الشرطَ، كُرِه؛ لأنَّ فيه إظهارَ ضعفِ المسلمين، وإنَّ طلبَ أهلِ الذمة، فلا، ويجبُ دفعُ المسلمينَ وأهلِ الذمة عنهم، كما يجبُ دفعُ أهلِ الحرب؛ فإنَّ لم يدفع عنهم حتَّى مضى حوْلٌ، لم تجبْ جزيتُهُ؛ كما لا تجبُ الأجرةُ إذا لم يوجدِ التمكنُ من الانتفاع.

ولو أغارَ أهلُ الحربِ على أهلِ الذمة، وأخذوا أموالهم، ثم ظفَرَ الإمامُ بهم، فاسترجعها، لزِمَهُ ردُّها على أهلِ الذمة؛ فإنَّ أتلَفوا، فلا ضمانَ عليهم، كما لو أتلَفوا مالَ المسلمين.

وإنَّ أغارَ مَنْ بيننا وبينه هُدنة، وأتلَفَ أموالَ أهلِ الذمة، ضمنَ، فإنَّ نقضوا العهدَ وامتنعوا، ثم أغاروا وأتلَفوا لهم مالاً، أو نفساً، ففي الضمان قولان، كأهلِ البغي.

فصل: وأمَّا ما يلزمُهُم، فخمسةُ أمور.

الأول: في الكنائس^(٢)، والبيع^(٣)، فالبلاذ التي في حُكْمِ المسلمين قسمان.

أحدهما: ما أحدثهُ المسلمون؛ كبغداد^(٤)، والكوفة^(٥)، والبصرة^(٦)، فلا يَمَكُنُ

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٧).

(٢) الكنائس: الكنيسة: مُتَعَبَّدُ اليهود، وتطلق أيضاً على مُتَعَبَّدِ النصارى (المصباح: ك ن س).

(٣) البيع: جمع بَيْعَةٍ: مَعَبَّدُ النصارى (المعجم الوسيط: ١ / ٨٢).

(٤) بغداد: هي مدينة السلام عاصمة العراق، غنية عن التعريف، تروّج الآن (١٤٣١ هـ - ٢٠١٠ م) تحت نير الاحتلال الصليبي بتواطؤ وتآمر من أحفاد «أبي رغال». كان أول من مَصَّرَها وجعلها مدينة أبو جعفر المنصور. انظر: (معجم البلدان: ١ / ٤٥٦ - ٤٦٧)، و (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٥ - ٦٦).

(٥) الكوفة: مدينة في العراق، تتبع الآن محافظة النجف، مَصَّرَها سيدنا عمر بن الخطاب. انظر: (معجم البلدان: ٤ / ٤٩٠ - ٤٩٤)، و (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٦٣ - ٥٦٤).

(٦) البصرة: مدينة مشهورة، تقع في جنوب العراق، تبعد عن بغداد حوالي (٦٥٠) كيلاً، وفيها يتحد نهر دجلة والفرات، ويشكلان شط العرب، مَصَّرَها الفاروق عمر بن الخطاب، وفيها ثلاث لغات، فتح الباء، وضمتها وكسرها. انظر: (معجم البلدان: ١ / ٤٣٠ - ٤٤٢)، و (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٤).

أهل الذمة من إحدائهم بِنِعَةٍ، وكنيسة، وصومعة^(١) راهب فيها. ولو صالحهم على التمكن من إحدائها، فالعقد باطل، والذي يوجد في هذه البلاد من البيع، والكنائس، وبيوت النار لا ينقض؛ لاحتمال أنها كانت في قرية، أو برية، فاتصل بها عمارة المسلمين، فإن عرف إحدائهم شيء بعد بناء المسلمين، نُقِضَ.

الثاني: بلاد لم يُحْدِثوها ودخلت تحت أيديهم؛ فإن أسلم أهلها، كالمدينة^(٢)، واليمن^(٣)، فحكمها، كالقسم الأول.

والأ فإما أن تُفْتَحَ عَنْوَةً، أو صلحاً.

الضرب الأول: ما فُتِحَ عَنْوَةً، فإن لم يكن فيها كنيسة، أو كانت، وانهدمت، أو هدمها المسلمون وقت الفتح، أو بعده، فلا يجوز لهم بناؤها، وهل يجوز تقريرهم على الكنيسة القائمة؟ وجهان.

أصحهما: لا، وبه قطع جماعة.

الثاني: ما فُتِحَ صلحاً، وهو نوعان:

أحدهما: فُتِحَ على أن رقبة الأرض للمسلمين، وهم يسكنونها بخراج، فإن شرطوا إبقاء البيع والكنائس، جاز، وكأنهم صالحوا على أن الكنائس لهم، وما سواها لنا، وإن صالحوا على إحدائها أيضاً، جاز، ذكره الرؤياني، وغيره، وإن أطلقوا، لم تبق الكنائس على الأصح.

الثاني: ما فُتِحَ على أن البلد لهم يؤدون خراجهم، فيقرّون على الكنائس [١١٧٩ / ب] ولا يمنعون من إحدائها فيه على الأصح؛ لأن الملك، والدار لهم، ويمكنون فيها من إظهار الخمر، والخنزير، والصليب، وإظهار ما لهم من

(١) الصومعة: بيت العبادة عند النصارى (المعجم الوسيط: ١ / ٥٤٣).

(٢) هي المدينة النبوية على ساكنها أفضل الصلاة والتحية. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٠٨ - ٦٠٩).

(٣) اليمن: هو الزاوية الجنوبية الغربية لجزيرة العرب، ولم يكن محدوداً في القديم بما هو معروف اليوم بالجمهورية اليمنية، فقد يدخل جنوب المملكة العربية السعودية فيما يسمى اليمن؛ فالعرب كانت تطلق على ما كان من جهة الجنوب «اليمن»، وعلى ما هو من الشمال «الشام»، وأهل الحجاز خاصة يعدّون كل ما هو جنوب مكة يمناً (المعالم الأثيرة ص: ٣٠١) لأستاذنا العلامة محمد شرّاب، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٧٠٢ - ٧٠٣).

الأعياد، وضربِ الناقوس، والجهرِ بالتوراة، والإنجيل، ولا شكَّ في أنهم يَمْنَعُونَ^(١) مِنْ إيواء الجاسوس، وتبليغ الأخبار، وما يتضرَّرُ به المسلمون في ديارهم.

وحيث قلنا: لا يجوزُ الإحداث، وجوَّزنا إبقاء الكنيسة، فلا مَنَعَ مِنْ عِمَارَتِهَا إذا اسْتَرَمَّتْ^(٢)، وهل يجبُ إخفاءُ العِمارة؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لَأَنَّ إظهارَها زينةٌ تشبهُ الاستحداث.

وأصَحُّهما: لا، فيجوزُ تطيينها من داخلٍ وخارجٍ، ويجوزُ إعادةُ الجدارِ الساقِطِ. وعلى الأول: يُمنعون من تطيين خارجها، وإذا أشرفَ الجدارُ على الخراب، فلا وَجْهَ إِلَّا أَنْ يَبْنُوا جِدَاراً داخلَ الكنيسة، وقد تَمَسَّ الحاجةُ إلى جدارٍ ثالثٍ، ورابع، فينتهي الأمرُ إلى أنه لا يبقى من الكنيسة شيءٌ.

ويمكنُ أَنْ يكتفي مَنْ يوجبُ الإخفاءَ بِإِسْبَالِ سِتْرِ تَقَعُ العِمارة وراءَهُ، أو بِإيقاعِها في الليل.

وإذا انهدمتِ الكنيسةُ المُبْقَاةُ، فلهمُ إعادةُها على الأصحِّ، ومنعُها الإِصْطِخْرِيَّ، وابنُ أبي هُريرة، فَإِنْ جَوَّزْنَا، فليسَ لهمُ توسيعُ خِطَّتِهَا^(٣) على الصحيح. ويمنعون من ضَرْبِ الناقوسِ في الكنيسة، كما يَمْنَعُونَ مِنْ إظهارِ الخمرِ، وقيل: لا يُمنعون تبعاً للكنيسة، وهذا الخلافُ في كنيسةٍ بِلَدٍ صالِحُناهم على أَنَّ أَرْضَهُ لَنَا، فَإِنْ صالِحُناهم على أَنَّ الأَرْضَ لَهُمْ، فلا مَنَعَ قطعاً كما سبق.

قال الإمام^(٤): وَأَمَّا نَاوُوسُ^(٥) المَجُوسِ، فَلَسْتُ أَرَى فِيهِ مَا يوجبُ الْمَنَعَ،

(١) في المطبوع: « لا يَمْنَعُونَ » بدل « يَمْنَعُونَ »، خطأ. وانظر: (فتح العزيز: ١١ / ٥٣٩).

(٢) اسْتَرَمَّتْ: اسْتَرَمَّ الشَّيْءُ: حَانَ لَهُ أَنْ يُرْمَ، ودعا إلى إصلاحه. يقال: اسْتَرَمَّ الجِدَارُ (المعجم الوسيط: ٣٨٧ / ١).

(٣) خِطَّتُهَا: الخِطَّةُ: المكانُ المختَطُّ لعمارة (المصباح: خ ط ط).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢).

(٥) في (ظ)، والمطبوع، و (فتح العزيز: ١١ / ٥٤٠): « ناقوس »، تحريف. المثبت من (أ، س)، موافقٌ لما في (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢)، قال محقِّقهُ الدكتور عبد العظيم الديب: « وهو - أي النَّاوُوس - عند الإمام: مقبرة المَجُوسِ ».

وإنما هو حَوْطٌ^(١)، وبيوتٌ يجمعُ فيها المجوسُ جِيفَهُمْ، وليس كالْبَيْعِ والْكُنَائِسِ؛ فإنها تتعلّق بالشُّعار.

الأمرُ الثَّاني: في البناء، فيمنعون من إطالته ورَفْعِه على بناء جيرانهم من المسلمين؛ فإن فعلوا، هُدِمَ، هذا هو المذهب، وحكى ابنُ كَجٍّ قولاً آخرَ: أنَّ لهم الرَفْعَ، فعلى المذهب: الاعتبارُ ببناء جاره على الصحيح، وفي وجه: لا يطيلُ على بناء أحدٍ من المسلمين في ذلك المِضْر، وسواء كان بناء الجار معتدلاً، أو في غاية القِصَر، وللإمام^(٢) احتمالٌ فيما هو في غاية القِصَر.

ثم المنعُ لِحقِّ الدِّينِ، لا لمحضِ حقِّ الجارِ، فيمنع وإن^(٣) رضي الجارُ، وهذا المنعُ واجب، وقيل: مستحبٌّ، ويمنعون من المساواة على الأصحّ.

ولو كان أهل الذمة في موضعٍ منفردٍ؛ كطرفٍ من البلد منقطعٍ عن العِمارة، فلا مَنَعٌ من رفع البناء على الصحيح.

ولو ملك ذميٌّ داراً رفيعة البناء، لم يكلّف هدمها، فإن انهدمت، فأعادها، مُنِع من الرفع، وفي المساواة الوجهان.

ولو فُتحت بلدةٌ صلحاً على أنها للمسلمين، لم تهدمُ أبنيتهم الرفيعة فيها، ويمنعون من الإحداثِ، ذكره البغوي^(٤).

الثالثُ: يُمنعون من رُكوب الخيلِ على الصحيح؛ لأنَّ فيه عِزّاً، وحكى ابنُ كَجٍّ أنَّ لا مَنَع، كما لا مَنَع من ثيابٍ نفيسةٍ، واستثنى الشيخُ أبو محمد البراذين^(٥)

(١) في (ظ)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥٤٠): «محوط»، المثبت من (أ)، موافق لما أثبتته الدكتور عبد العظيم الديب في (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢)، حيث قال: «حَوْطٌ: جمع حَوَاطة: كُلُّ ما تحوَّط به جدار ونحوه».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٤).

(٣) في المطبوع: «ولو».

(٤) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥١٠).

(٥) البراذين: البرذون من الخيل: هو الذي أبواه أعجميان (قاله المصنف في آخر كتاب قسم الفيء والغنيمة)، وقال الركني في (النظم المستعذب: ١ / ٤١٥): «هو القصير العنق، الثقيل في جسمه، البطيء في جريه». وقال الذميري في (النجم الوهاج: ٩ / ٤٢٣): «هذه اللفظة يستعملها العجم، يعنون بها الخيل التي يُحمل عليها بالأكف».

الخشيسة^(١)، وفي البغال النفيسة^(٢) وجهان.

أحدهما: المنع، وبه قال الفوراني، والإمام^(٣)، والغزالي.

وأصحهما: لا منع، وبه قطع كثيرون، ولا منع من الحُمُر، وإن كانت رفيعة القيمة.

وإذا ركبوا، لم يركبوا السروج؛ بل الأكف^(٤)، ويركبون عَرْضاً، وهو أن يجعل الراكب رجله [١١٨٠ / أ] من جانب واحد.

وعن الشيخ أبي حامد: أن لهم الركوب على استواء، ويحسن أن يتوسط، فيفرق بين أن يركب إلى مسافة قريبة في البلد، أو إلى مسافة بعيدة، فيمنع في الحضر.

ويكون ركابهم^(٥) من خشب لا حديد، وجوز ابن أبي هريرة الحديد.

ويمنعون من تقلد السيوف، وحمل السلاح، ومن لجُم^(٦) الذهب والفضة، وذكر ابن كج أن هذا كله في الذكور البالغين، فأما النساء والصغار، فلا يلزمون الصغار، كما لا جزية عليهم.

فزع: لا يترك لزمي صدر الطريق؛ بل يلجأ إلى أضيقة إذا كان المسلمون يطرقون؛ فإن خلت الطرق عن الزحمة، فلا حرج، وليكن التضييق^(٧) بحيث لا يقع في وهدة، ولا يصدمه جدار. ولا يؤقر، ولا يصدر في مجلس^(٨) إذا كان فيه

(١) كلمة: «الخشيسة»، ساقطة من المطبوع.

(٢) كلمة: «النفيسة»، ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٥).

(٤) الأكف: جمع إكاف، بكسر الهمزة: وهو ما يجعل على الحمار ليركب عليه بمنزلة السرج (النظم المستعذب: ٢ / ٢٥٤)، وانظر: (النجم الوهاج: ٩ / ٤٢٤).

(٥) ركابهم: الركاب للسرج: ما توضع فيه الرجل (المعجم الوسيط: ١ / ٣٨١).

(٦) لجُم: جمع لجام: الحديدية في فم الفرس، ثم سموها مع ما يتصل بها من سُيُور وآلة لجاماً (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٤٩).

(٧) في المطبوع: «الضيق»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١١ / ٥٤٢).

(٨) ولا يصدر في مجلس: أي: لا يجعل صدرأ، وهو السيد الذي يصدر عن أمره ونهيه. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ٢٥٤).

مسلمون، ولا يجوز لمسلم أن يؤاذهم، ولا أن يبدأ مَنْ لقيه منهم بسلام، وإن بدأ الذمّي به، فلا يجيبه، ذكره البغوي^(١).

قلت: هذا الذي ذكره البغوي، هو وجه حكاة الماوردي، والصحيح بل الصواب: أن يجاب بما ثبت في الأحاديث الصحيحة: «وعليكم»^(٢)، وفي هذه المسألة كلام كثير، وتفصيل أوضحته في «كتاب السلام» من كتاب «الأذكار»^(٣). والله أعلم.

الرابع: يُؤخذ^(٤) أهل الذمة في دار الإسلام بالتميز في اللباس؛ بأن يلبسوا الغيار^(٥)، وهو أن يخيطوا على ثيابهم الظاهرة ما يخالف لونه لونها، وتكون الخياطة على الكتف دون الذيل، هكذا أطلق، ويشبه أن يقال: لا يختص بالكتف، والشرط الخياطة في موضع لا يعتاد، وإلقاء منديل، ونحوه، كالخياطة.

ثم الأولى باليهود: العسلي، وهو الأصفر، وبالنصارى: الأزرق، أو الأكهب، ويقال له: الرمادي، وبالمجوس الأسود أو الأحمر، ويؤخذون أيضاً بشد الزنار، وهو خيط غليظ على أوساطهم، خارج الثياب، وليس لهم إبداله بمنطقة، ومنديل، ونحوهما.

وإن لبسوا قلائس، ميّزت عن قلائس المسلمين بذؤابة، أو علم في رأسها.

وإذا دخلوا حمّاماً فيه مسلمون، أو تجردوا عن الثياب، فليكن عليهم جلاجل، أو في أعناقهم خواتيم^(٦) حديد، أو رصاص، لا ذهب وفضة، هكذا ذكره الجمهور. وقال في «المهذب»: يجعل في عنقه خاتم لتمييز في الحمّام، وفي

(١) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٩).

(٢) أخرج (البخاري: ٦٢٥٨)، و (مسلم: ٢١٦٣) عن أنس رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا سلّم عليكم أهل الكتاب، فقولوا: وعليكم».

(٣) ص: ٣٣٠، بتحقيقي.

(٤) يؤخذ: أي: يلزم.

(٥) الغيار: بكسر الغين: الشيء الذي يمتاز به (النجم الوهاج: ٩ / ٤٢٦)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٢)، و (النظم المستعذب: ٢ / ٢٥٤)، و (المصباح: غ ي ر).

(٦) المرادب: (الخواتيم) هنا: الأطواق. انظر: (النجم الوهاج: ٩ / ٤٢٨).

الأحوال التي يتجرّد فيها^(١)، وبين العبارتين تفاوتٌ ظاهر.

وإذا كان لهم شعْرٌ، أمروا بجزّ النَّوَاصِي، ومُنَعُوا من إرسالِ الضفائرِ.

والجمعُ بين الغيَارِ، والزَّنَارِ تأكيدٌ ومبالغةٌ في شَهْرِهِمْ، ويجوزُ أَنْ يقتصرَ الإمامُ على اشتراطِ أحدهما، وهل تؤخذُ النساءُ بالغيَارِ، وشَدُّ الزَّنَارِ، والتميّزُ في الحَمَامِ؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ.

والثاني: لا؛ لِنُدُورِ خُرُوجِهِنَّ، فلا حاجةَ إلى التميّزِ، فعلى الأصحِّ: قال الشيخ أبو حامدٍ: يجعلُ الزَّنَارُ فوقَ الإزارِ.

وفي « التهذيب »، وغيره: تحته؛ لثَلَاثَ يَصِفَ بدنَهَا^(٢)، وأشار بعضهم إلى اشتراطِ ظُهورِ شيءٍ منه.

قلتُ: هذا لا بُدَّ منه، وإلَّا فلا يحصلُ كبيرُ فائدةٍ. والله أعلمُ.

والتميُّزُ في الحَمَامِ يُبْنَى على أنه هل يجوزُ لهنَّ دخولهُ معَ المسلماتِ؟ قال البَغَوِيُّ^(٣): والأصحُّ: منَعُهُ، وقد يفهمُ مِنْ هذا السياقِ أَنَّ للمسلماتِ دخولهُ بلا حَجَرٍ [١١٨٠ / ب] لكن نقلَ الرُّوْيَانِيُّ وغيرُهُ عن ابن أبي هُرَيْرَةَ أنه قال: لا يجوزُ لهنَّ دخولهُ إِلَّا لضرورةٍ.

قلتُ: الأصحُّ الأشهرُ أنه لا يحُرِّمُ عليهنَّ، لكن يُكرَهُ إن لم يكنْ عُذرٌ، وبهذا قطعَ الإمام أبو بكرٍ السَّمْعَانِيُّ المَرْوَزِيُّ^(٤) من أصحابنا، وقد أوضحتُ مسائلَ الحَمَامِ، وما يتعلَّقُ به في آخرِ صفةِ الغُسْلِ من « شَرْحِ الْمُهَذَّبِ ». والله أعلمُ.

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٣٢٧).

(٢) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٨).

(٣) انظر: (التهذيب: ٧ / ٥٠٨).

(٤) هو أبو بكر، محمد بن منصور التميمي السَّمْعَانِيُّ، فقيه شافعي، محدِّث، من الوَعَاظِ المبرِّزين، له علم بالتاريخ والأنساب. ولد بمرور سنة (٤٦٦ هـ). كان فاضلاً، حسن السيرة، بعيداً من التكلف صدوقاً، مات بمرور سنة (٥١٠ هـ). وهو والد « عبد الكريم السمعاني » صاحب كتاب « الأنساب ». من كتبه: « الأمالي » مئة وأربعون مجلساً. قال السُّبُكِيُّ: في غاية الحسن والفوائد. له ترجمة في (طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح: ١ / ٢٧٢ - ٢٧٥). وفي حاشيته مصادرها. وهذا العلم لم يترجمه المصنف في تهذيب الأسماء واللغات وهو من شرطه.

وإذا خرجت ذمّةٌ بخُفٍّ، فليكن أحدُ خُفّيها أسودَ، والآخَرُ أبيضَ، أو أحمرَ، ولا يشترطُ التَّميُّزُ بكلِّ هذه الوجوه؛ بل يكفي بعضها.

فَرَعٌ: للذميّ أَنْ يَتَعَمَّمَ، وَيَتَطَلَّسَ^(١) على الصحيح، ويلبسَ الدِّيَابَجَ^(٢) على الأصحَّ، كرفيعِ القُطن، والكُتَّان، وذكر الغزاليّ وجهين في أنَّ أَصْلَ الْغِيَارِ واجبٌ أم مستحبٌّ؟ والذي يوافقُ كلامَ الجمهورِ وإطلاقَهم: الوجوبُ.

الخامسُ: الانقيادُ للحكم، فيلزمُ أهلَ الذمة الانقيادُ لحُكْمنا، هكذا أطلقه الأصحابُ، وحكى الإمام^(٣)، عن العراقيين: أنَّ المرادَ: أنهم إذا فعلوا ما يعتقدون تحریمه، يجري عليهم حكمُ الله تعالى فيه، ولا يعتبرُ رضاهم، وذلك كالزَّنى، والسَّرقة؛ فإنهما مُحَرَّمان عندهم، كشرعنا، وقد بينّا حكمَهما في البابين، وذكرنا الفرقَ بين أن يزني بمُسْلَمة، ويسرقَ مالَ مسلم، أو يزنيَ بذيمة، ويسرقَ مالَ ذميّ.

وأما ما يعتقدون حِلَّهُ، فقد سبقَ أن حَدَّ الشربِ، لا يقامُ على ذميّ على الأصحَّ، وإن رضى بحُكْمنا.

ولو نكحَ مجوسيٌّ محرماً له، لم يتعرَّضَ له؛ فإن رَفَعُوا إلينا، ورَضُوا بحُكْمنا، حَكَمنا، وهل يجبُ الحكمُ؟ فيه القولانِ المعروفانِ.

ويلزمُهم كَفُّ اللسانِ، والامتناعُ من إظهارِ المنكراتِ؛ كإسْماعِ المسلمين شِرْكَهُمْ، وقولهم: ﴿ثَالِثٌ ثَلَاثَةٌ﴾ [المائدة: ٧٣] واعتقادهم في المسيح، وعُزَيْرٍ^(٤) صَلَّى الله عليهما وسلَّم، وإظهارِ الخمرِ، والخنزيرِ، والناقوسِ، وأعيادهم، وقراءتهم التوراة والإنجيل، وإحداثهم الكنائس في بلادنا، وإطالتهم البناء، وتركهم [الغِيَارَ]^(٥) مخالفةً لما شرط، فإن أظهرُوا شيئاً من هذه، مُنَعُوا، وعُزِّروا، ولكن لا ينتقضُ به عهدهم، سواء شرطَ الامتناعُ منها في العقد أم لا؛ فإن

(١) يتطَلَّسُ: أي يلبس الطَّيْلَسَان، وهو ثوب يلبس على الكتف، يحيط بالبدن، ينسج للبس، خالٍ من التفصيل والخياطة.

(٢) الدِّيَابَج: نوعٌ من الحرير (فتح الباري: ٦ / ٥٧٦).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٤).

(٤) عُزَيْر: له ذكر في الآية (رقم: ٣٠) من سورة التوبة. ولم يترجمه النووي في تهذيب الأسماء واللغات، وهو من شرطه.

(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت من (أ).

شرط عليهم الانتقاض بهذه الأسباب، فقال الإمام: يُبنى ذلك على الخلاف في صحة عقد الذمة مؤقتاً؛ إن صححناه، صحَّ العقد، فينتقض إذا أظهروا، وإن لم نصححه، فسد العقد من أصله، والحكاية عن الأصحاب: أنه لا ينتقض؛ بل يفسد الشرط، ويتأبَّد العقد، ويحمل ما جرى على تخويفهم.

وينتقض عهدهم بقتالهم المسلمين، سواء شرط عليهم الامتناع منه، أم لا، هذا إذا لم تكن شُبْهة، فلو أعانوا البُغاة، وأدَّعوا أنهم لم يعرفوا الحال، فقد سبق بيانه في « قتال البغاة ».

ولو منعوا الجزية، أو امتنعوا من إجراء أحكام الإسلام عليهم، انتقض عهدهم، هكذا قاله الأصحاب.

قال الإمام^(١): هذا إذا منع مع القدرة، فأما العاجز إذا استمهل فلا ينتقض عهده.

قال: ولا يبعد أن يقال: تؤخذ الجزية من الموسر الممتنع قهراً، ولا يجعل الامتناع ناقضاً كسائر الديون، ويخصص ما قاله الأصحاب بالمتغلب المقاتل.

قال^(٢): وأما الامتناع من إجراء الأحكام؛ فإن امتنع هارباً، فلا أراه ناقضاً، وإن امتنع راكباً إلى قوة وعدة، فينبغي أن يدعى إلى الانقياد؛ فإن نصب [١١٨١ / أ] القتال، انتقض عهده بالقتال، ثم أسند الإمام^(٣) ما ذكره من الاحتمال إلى من تقدّمه، فحكى عن القاضي حسين حصر الانتقاض في القتال.

ونقل ابن كجّ قولين في امتناعهم من إجراء الأحكام.

وعن « الحاوي »: أن الامتناع من البذل^(٤) نقض للعهد^(٥) من الواحد والجماعة، والامتناع من الأداء مع الاستمرار على الالتزام نقض من الجماعة دون الواحد؛ لأنه يسهل إجباره عليه.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٧).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٨).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٨).

(٤) في المطبوع: « البذل »، تصحيف.

(٥) في (ظ)، والمطبوع: « العهد ».

ولو زنى ذمي بمسلمة، أو أصابها باسم نكاح، أو تطلّع على عورة المسلمين، ونقلها إلى دار الحرب، أو فتن مسلماً عن دينه، ودعاه إلى دينهم، ففي انتقاض عهده طرق.

أصْحُها: أنه إن لم يَجِرْ ذكرُها في العقد، لم ينتقض، وإلا فوجهان، ويقال: قولان.

أصْحُهما: لا ينتقض قطعاً.

والثالث: إن شرط، انتقض، وإلا فوجهان.

وهل المعتبر في الشرط الامتناع من هذه الأفعال، أم انتقاض العهد إذا ارتكبتها؟ صرح الإمام، والغزالي بالثاني، وكثيرون بالأول، ولا يبعد أن يتوسط فيقال: إن شرط الانتقاض، فالأصح الانتقاض، وإلا، فالأصح خلافه، وألحق بالخصال الثلاث إيواء عيون الكفار.

وأما قطع الطريق، والقتل الموجب للقصاص، فالمذهب أنهما كالزنى بمسلمة، وقيل: كالقتال، ولا يلحق بالمنازمة التوثب على رُفقة، أو شخص معين، وليجَرِ الطريقان فيما لو قذف مسلماً، وسواء قلنا: ينتقض العهد، أو لا ينتقض، فقد قال البغوي: يقام عليهم موجب ما فعلوه من حدٍّ، أو تعزير، ثم يجري على مقتضى الانتقاض، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وإذا قُتلَ الذمي، لقتله مسلماً، أو لزنائه^(١)، وهو مُحَصَّنٌ، فهل يصيرُ ماله فيئاً؛ تفرعاً على الحكم بالانتقاض؟ وجهان.

قلت: أصْحُهما^(٢).

وأما ذكرُ رسولِ الله ﷺ بالسوء، إذا جهرُوا به، وطعنُهُم في الإسلام ونفيهِم القرآن، فالمذهب أنه كالزنى بمسلمة، ونحوه، وقيل: ينتقض قطعاً، كالقتال، وفي محلّ الخلاف طريقان.

(١) في المطبوع: «لزنائه».

(٢) بياض في الأصول الخطية، وجاء بهامش الورقة (١١٨١ / ب) من النسخة الخطية (ظ): «كذا نقل عن خط المصنف».

أحدهما: أنه فيما إذا ذَكَرَ الذمِّي^(١)، سواءً يعتقده ويتدين به، كتكذيب ونحوه، فأما ما لا يعتقده، ولا يتدين به؛ بأن طعنَ في نسبه ﷺ^(٢)، أو نسبته إلى الزنى، فليلتحق^(٣) بالقتال، وينتقض العهد به قطعاً، سواء شرط عليه الكف عنه، أم لا.

وأصحهما: أنَّ الخلافَ فيما إذا ذَكَرَ ما لا يتدين به، فأما ما يتأبَّن به، فلا ينتقض بإظهاره قطعاً، ومن هذا: نفْيُهُمُ القرآنَ.

واعلم: أنَّ ذِكْرَهُمُ الله تعالى، كذِكْرِهِمُ رسولَ الله ﷺ بطريق الأولى، فيجري فيه الخلاف، صرَّح به الرُّوْيَانِيُّ، وغيره، ولكنهم جعلوا إظهارَ الشرك، وقولهم: ﴿ثَلَاثُ ثَلَاثَةٍ﴾، ومعتقدهم في المسيح، وعُزَيْر، كإظهارهم الخمر، فلا ينتقض قطعاً، مع أنَّ جميعَ هذا يتضمَّن ذَكَرَ الله تعالى بالشُّوء، ولا يستقيم هذا إلا على الطريق الثاني، وهو أنَّ السوء الذي يتدين به لا ينقض قطعاً.

ونقل صاحب «الشامل»، وغيره، عن أبي بكرٍ الفارسي، أنه قال: مَنْ شَتَمَ منهم النبي [١١٨١ / ب] ﷺ، قُتِلَ حَدًّا؛ لأن النبي ﷺ قُتِلَ ابْنُ خَطَلٍ^(٤)، والقَيْسَيْنِ^(٥)، وزَيْفَوهُ وقالوا: إنهم كانوا مشركين، لا أمانَ لهم.

(١) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٤٩) زيادة: «النبي ﷺ بسوء».

(٢) في المطبوع: «في نسب رسول الله ﷺ».

(٣) في (أ): «فيلتحق».

(٤) ابن خطل: اسمه: عبد العزى، وقيل: اسمه غالب بن عبد الله. وسماه محمد بن إسحاق: عبد الله بن خطل. وخطل: بفتح الخاء المعجمة والطاء المهملة. أمر النبي ﷺ يوم فتح مكة بقتله. قتله سعيد بن حريث، وقيل: أبو بَرْزَةَ الأَسْلَمِيُّ، وقيل غيره. ورجَّح الحافظ في (الفتح: ٤ / ٦١) أن يكون أبو بَرْزَةَ هو الذي قتل ابن خطل، وقال: «هو أصح ما ورد في تعيين قاتله، وبه جزم البلاذري وغيره من أهل العلم بالأخبار». انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٦٣ - ٦٦٤).

(٥) أخرج (البخاري: ١٨٤٦)، و(مسلم: ١٣٥٧)، و(الترمذي في الجامع الصحيح: ١٦٩٣)، وفي (الشمائل: ١٠٦). عن أنس بن مالك، رضي الله عنه؛ أنَّ النبي ﷺ - دخل مكة، وعليه مِعْفَرٌ، فقيل له: هذا ابنُ خطل، متعلِّقٌ بأستار الكعبة، فقال: «اقتلوه». قال المصنف في (شرح صحيح مسلم: ٩ / ١٣١): «قال العلماء: إنما قتلته لأنه ارتدَّ عن الإسلام، وقتل مسلماً كان يخدمه، وكان يهجو النبي ﷺ ويسبُّه، وكانت له قبتان تغنيان بهجاء النبي ﷺ والمسلمين.....»، وقال ابن عبد البر، كما في (الفتح: ٤ / ٦٢): «كان قُتِلَ ابن خطل قوداً من قتله المسلم»، وانظر: (الشفاء بتعريف حقوق المصطفى للقاضي عياض ص: ٨١١ - ٨٢٨) بتحقيقي، و(التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٩ - ١٣٠)، و(سنن أبي داود: ٢٦٨٤)، و(البيان: ١٢ / ٢٨٨).

فَرَعُ: حَيْثُ حَكَمْنَا بَانْتِقَاضِ الْعَهْدِ، هَلْ يُبَلِّغُهُمُ الْمَأْمَنَ؟ قَوْلَانِ.

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، كَمَنْ دَخَلَ بِأَمَانٍ صَبِيٍّ.

وَأَظْهَرُهُمَا: لَا؛ بَلْ يَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ بَيْنَ قَتْلِهِ، وَاسْتِرْقَاقِهِ، وَالْمَنْ، وَالْفِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ كَافِرٌ، لَا أَمَانَ لَهُ، وَالْقَوْلَانِ فِي الْإِنْتِقَاضِ بَغَيْرِ قِتَالٍ، فَأَمَّا إِذَا نَصَبُوا الْقِتَالَ، وَصَارَ^(١) حَرْبًا^(٢) لَنَا فِي دَارِنَا، فَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِهِمْ، وَالسَّعْيِ فِي اسْتِصْلَاحِهِمْ.

وَلَوْ أَسْلَمَ مَنْ انْتَقَضَ عَهْدُهُ قَبْلَ أَنْ يَخْتَارَ الْإِمَامُ شَيْئًا، قَالَ الْأَصْحَابُ: لَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُ، بِخِلَافِ الْأَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ فِي يَدِ الْإِمَامِ بِالْقَهْرِ، فَخَفَّ أَمْرُهُ. وَهَلْ يَبْطُلُ أَمَانُ النِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ تَبْعًا، كَمَا يَثْبُتُ تَبْعًا؟ وَجِهَانِ.

أَصْحُهُمَا: لَا، إِذَا لَمْ تَوْجَدْ مِنْهُمْ خِيَانَةً^(٣) نَاقِضَةً، فَعَلَى هَذَا: لَا يَجُوزُ سَبْيُهُمْ، وَيَجُوزُ تَقْرِيرُهُمْ فِي دَارِنَا؛ فَإِنْ طَلَبُوا الرُّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ، أُجِيبَ النِّسَاءُ دُونَ الصَّبِيَّانِ؛ إِذْ لَا حُكْمَ لِقَوْلِهِمْ قَبْلَ الْبُلُوغِ، فَإِنْ كَانَ الطَّالِبُ مِمَّنْ يَسْتَحِقُّ الْحِصَانَةَ، أُجِيبَ إِلَيْهِ، وَإِلَّا، فَلَا.

وَلَوْ نَبَذَ ذِمِّيٌّ إِلَيْنَا الْعَهْدَ، وَاخْتَارَ اللَّحُوقَ بِدَارِ الْحَرْبِ، بَلْغَنَاهُ الْمَأْمَنَ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَأَجْرَى الْقَاضِي حُسَيْنٌ فِيهِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ كَافِرٌ، لَا أَمَانَ لَهُ.

فَرَعُ: الْمُسْلِمُ إِذَا ذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِمَا يَقْتَضِي الْكُفْرَ، أَوْ كَذَّبَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَهُوَ مُرْتَدٌّ، فَيُدْعَى إِلَى الْإِسْلَامِ؛ فَإِنْ عَادَ وَتَابَ، قُبِلَتْ تَوْبَتُهُ.

وَلَوْ كَذَّبَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَمْدًا، فَعَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يَكْفُرُ، وَيَرِاقُ دَمُهُ، قَالَ الْإِمَامُ^(٤): «وَهَذِهِ زَلَّةٌ، وَلَمْ أَرَ مَا قَالَهُ لِأَحَدٍ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَالصَّوَابُ أَنَّهُ يَعِزُّ، وَلَا يَكْفُرُ، وَلَا يُقْتَلُ، وَمَا رُوي أَنَّ رَجُلًا أَتَى قَوْمًا، وَزَعَمَ أَنَّهُ رَسُولُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَأَكْرَمُوهُ، فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِقَتْلِهِ^(٥)، مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ كَانَ

(١) فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١١ / ٥٥٠): «وَصَارُوا».

(٢) فِي (أ): «حَرْبِيًّا».

(٣) فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١١ / ٥٥٠): «جَنَایَةِ» بِدَلٍّ: «خِيَانَةِ».

(٤) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٨ / ٤٨).

(٥) أَخْرَجَهُ الْبَغَوِيُّ فِي «مَعْجَمِهِ» مِنْ حَدِيثِ بُرَيْدَةَ بْنِ الْحُسَيْبِ، وَلَهُ شَاهِدٌ مِنْ حَدِيثِ [عَبْدِ اللَّهِ بْنِ] مُحَمَّدِ بْنِ الْحَنْفِيَّةِ، عَنْ صِهْرٍ لَهُمْ مِنْ أَسْلَمَ، سَمِعَ النَّبِيَّ ﷺ. رَوَاهُ (أَحْمَدُ مُخْتَصَرًا: ٥ / ٣٧١)، =

كافراً^(١).

ومن قَذَفَ النبي، ﷺ، وصرَّحَ بنسبته إلى الزَّئني، فهو كافراً باتفاقِ الأصحاب، فإن عاد إلى الإسلامِ فثلاثَةُ أَوْجُهٍ.

أحدها، قاله الأستاذُ أبو إسحاق^(٢): لا شيء عليه؛ لأنه مرتدُّ أسلمَ.

والثاني، قاله أبو بكرِ الفارسيُّ: يقتلُ حَدًّا؛ لأنه حَدُّ قَذَفٍ، فلا يسقطُ بالتوبة.

والثالث، قاله الصيدلاني: يجلدُ ثمانينَ جلدةً.

ثم في كلام الإمام^(٣)، والغزاليِّ أَنَّا إذا قلنا: يثبتُ حَدُّ القَذَفِ، فعفا أحدُ بني أعمامه، فينبغي أن يسقطَ، أو يقول: هم لا ينحصرون، فهو كقَذَفِ ميتٍ ليس^(٤) له ورثةُ خاصُّون. ولا يبعدُ تخريجُ وجوبِ الحَدِّ على القولين في وجوبِ القصاصِ بقتلٍ مثلِ هذا الشخص، وقد يقال: كُلُّ واحدٍ من بني الأعمام غير وارثٍ؛ بل الإِراثُ للأقرب، ولا يكاد يعرفُ الأقربُ مِمَّن في الدنيا، ويقعُ النظرُ في أَنَّ عَفْوَ بعضِ الورثة هل يؤثِّرُ؟ ووراءه نظرٌ آخرُ، وهو أَنَّ حَدَّ قَذَفِهِ هل يورثُ؟ فيجوزُ أن يقال: لا يورثُ، كما لا يورثُ المالُ، أمَّا إذا لم يقذف صريحاً، لكن عَرَضَ، فقال الإمام^(٥): الذي أراه أنه كالسبِّ الصريحِ في اقتضاء الكفر؛ لما فيه من الاستهانة.

(و) أبو داود مختصراً أيضاً: ٤٩٨٦)، و(الطبراني في الكبير: ٦ / ٢٧٧ برقم: ٦٢١٥).

وأخرجه (الطبراني في الأوسط: ٣ / ٥٩ برقم: ٢١١٢) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص. وأدعى الذهبي في «الميزان» أنه لا يصحُّ بوجه من الوجوه. قال الحافظ في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٧): «ولا شك أن طريق أحمد ما بها بأسٌ، وشاهده حديثُ بُريدة، فالحديث حسن». وانظر: (مجمع الزوائد: ٢ / ٣٨٢ - ٣٨٦) بتحقيق أستاذنا العلامة حسين أسد، و(جامع الأصول: ٦ / ٢٦٣).

(١) نقلَ هذه العبارة: «محمول على أن الرجل كان كافراً» عن الإمام: الرافعي في (فتح العزيز: ١١ / ٥٥١)، والمصنّف كما ترى، والحافظ ابن حجر في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٢٦)، والذي قاله الإمام في (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٨) بعد ذكره قصة الرجل الذي كذب على النبي ﷺ: «والوجه: حَمَلُ أمرِ رسولِ الله ﷺ على معرفته بأن ذلك الرجل كان منافقاً، ولا وجهَ لإثبات كفرٍ لا أصلَ له، ولا لإثبات قتل لا مستند له».

(٢) هو أبو إسحاق الإسفرياني، إبراهيم بن محمد.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٦).

(٤) في (أ): «ليست».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٩).

قلتُ: هذا الذي قاله الإمام متعيّنٌ، وقد قاله آخرون، ولا نعلم فيه خلافاً. والله أعلم.

ولو قَذَفَ نبيّاً غيرَ نبيِّنا [١١٨٢ / أ]، فهو كَقَذَفِ نبيِّنا ﷺ.

فصلٌ: في مسائلٍ^(١) تتعلّقُ بالبَابِ

يُؤْخَذُ على أهلِ الذمة أَنْ يُخْفُوا دَفْنَ موتاهم، ولا يُخرجوا جنازَهم ظاهراً، ولا يُظهروا على موتاهم لَطْماً، ولا نَوْحاً، ولا يَسْقُوا المسلمين خمرأً، ولا يُطعموهم خنزيراً، وإذا شرطَ ذلكَ عليهم فَعَرَضَ بعضُهم خمرأً على مسلم، فشرّبها اختياراً، حُدَّ المسلم، وعُزِّرَ الذميُّ. وكذا لو ابتدأ المسلمُ بطلبها فأجابهُ؛ لكنّ تعزيره هنا أخفٌ، وأنّ لا يُعلوا أصواتهم على المسلمين، وأنّ يُعينوهم إذا استعانوا بهم فيما لا يتضرّرون به، وأنّ لا يستذلّوا المسلمين في مهنِ الأعمالِ بأجرة، ولا بتبرُّع، حكى أكثرُ هذا عن « الحاوي ».

وعنه^(٢): أنهم لو انفردوا بقرية، هل يُمنعون ركوب الخيل ؟ وجهان.

أحدهما: لا، كإظهارِ الخمر.

والثاني: نعم، خوفاً من أن يتقوّوا به على المسلمين.

ولو بنى ذميٌّ في دارِ الإسلامِ بناءً لأبناءِ السبيل، مُكِّنَ إن جعله للمسلمين، وأهلِ الذمة؛ فإن حصَّ أهلِ الذمة، فوجهان.

ويكتبُ الإمامُ بعد عقد الذمة أسماءَهم وأديانَهم، وحِلَّاهُمْ^(٣)، فيتعرّضُ لسنِّهِ، أهو شيخٌ أم شابٌّ ؟ ولِللَّوْنِ^(٤): من سُمرَةٍ، وشُقْرَةٍ، وغيرهما، ويصفُ وجهه، ولحيته، وجهته، وحاجبيه، وعينه، وشفتيه، وأنفه، وأسنانه، وآثارَ وجهه إن كان فيه آثارٌ.

(١) في هامش (ظ) زيادة: « مثورة ».

(٢) كلمة: « وعنه »، ساقطة من المطبوع.

(٣) حُلَّاهُمْ: أي: صفاتهم. الحلية: الصِّفَةُ (المصباح: ح ل ا).

(٤) (ظ، س)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١١ / ٥٥٣): « ولكونه »، تحريف.

ويجعلُ على كل طائفةٍ عريقاً^(١) يَضْبُطُهُمْ، لمعرفة مَنْ أسلمَ منهم، وَمَنْ ماتَ، وَمَنْ بَلَغَ، وَمَنْ قَدِمَ عليهم، وَلِيُخَضِّرَهُمْ لأداء الجزيةِ، والشكوى إليه مِمَّنْ يتعدَّى عليهم من المسلمين، وَمَنْ يتعدَّى منهم، ويجوزُ أَنْ يكون العريقُ للغرضِ^(٢) الثاني ذمياً، ولا يجوزُ للغرضِ^(٣) الأولِ إِلَّا مسلمٌ. وبالله التوفيقُ.



-
- (١) عريقاً: العريقُ: هو القَيِّمُ بأمور جماعة من الناس، يلي أمورهم، ويتعرَّفُ الأمير منه أحوالهم (النهاية لابن الأثير: عرف).
- (٢) في المطبوع: « للعرض »، تصحيف.
- (٣) في المطبوع: « للعرض »، تصحيف.

الباب الثاني في عقد الهدنة^(١)

ويُقال لها: المودعة، والمعاهدة، وهي جائزة بنصوص الكتاب، والسنة، والإجماع، فيه طرفان:

الأول: في شروطها وهي أربعة:

الأول: أَنْ يتولاه الإمام، أو نائبه فيه، هذا في مُهادنة الكفار مطلقاً، أو أهل إقليم، كالهند، والرُّوم، ويجوز لوالي الإقليم المهادنة مع أهل قرية، أو بلدة في إقليمه للمصلحة، وكأنه مأذون فيه بتفويض مصلحة الإقليم إليه.

ولو عقد الهدنة واحد من الرعية، فدخل قومٌ ممن هادنهم دار الإسلام، لم يُقرُّوا، لكن يلحقون بمأمنهم؛ لأنهم دخلوا على اعتقاد أمانه.

الثاني: أَنْ يكون للمسلمين إليه حاجة، وفيه مصلحة؛ بأن يكون في المسلمين ضعف؛ لقلة عدد، أو مال، أو بُعد العدو، أو يطمع في إسلامهم؛ لمخالطتهم المسلمين، أو في قبولهم الجزية، أو في أَنْ يعينوه على قتال غيرهم.

وإذا طلب الكفار الهدنة؛ فإن كان فيها ضررٌ على المسلمين فلا يخفى أنهم لا يُجابون، وإلا فوجهان.

(١) في المطبوع: «الذمة» بدل «الهدنة»، خطأ. والهدنة لفظها مشتق من الهدون، وهو: اللين والسكون، ومنه قيل للمصالحة: المهادنة؛ لأنها ملاينة أحد الفريقين، ومنه قولهم: هدنة على دخن. وهي في الشرع: معاقدة أهل الحرب على ترك القتال مدة معلومة بعوض، أو غيره (النجم الوهاج: ٩ / ٤٣٧)، وانظر: (الموسوعة الفقهية: ٤٢ / ٢٠٥ - ٢٠٦).

أحدهما: تجبُ إجابتهم.

والصحيح: لا تجبُ؛ بل يجتهدُ الإمام، ويفعل الأُصلح.

قال الإمام^(١): وما يتعلق باجتهد الإمام لا يعدُّ واجباً، وإن كان يتعيَّن عليه رعاية الأُصلح^(٢).

الثالث: أن يخلو عن الشروط الفاسدة؛ فإنَّ عقدَها على أن لا ينتزع أسرى المسلمين منهم، أو يردَّ إليهم المسلم الذي أسروه، وأُفلتَ [١١٨٢ / ب] منهم، أو شرطَ ترك مالٍ مسلم في أيديهم، فهذه شروطٌ فاسدة. وكذا لو شرطَ أن يعقدَ لهم الذمة على أقلَّ من دينارٍ، أو على أن يُقيموا بالحجاز، أو يَدْخُلُوا الحَرَمَ، أو يُظْهِرُوا الخُمُورَ في دارنا، أو شرطَ أن يردَّ عليهم [النِّسَاء]^(٣) إذا جئنا مسلماتٍ. وكذا لو عقدَ بشرط التزام مالٍ؛ فإنَّ دعت ضرورةً إلى بذلِ مالٍ؛ بأن كانوا يعدُّبون الأسرى في أيديهم ففدَيْنَاهُمْ، أو أحاطوا بنا وخِفْنَا الاصطدامَ، فيجوزُ بذلُ المال، ودَفْعُ أعظمِ الضررين بأخفِّهما، وفي وجوبِ بذلِ المال عند الضرورة وجهان؛ بناءً على وجوبِ دَفْعِ الصَّائِلِ.

قلت: ليس هذا البناءُ بصحيحٍ، فقد سبقَ أنَّ الصائِلَ إذا كان كافراً، وجبَ دفعُهُ قطعاً. ثم الخلافُ هناك في وجوبِ الدفعِ بالقتالِ، وهنا بالمالِ، والأصحُّ: وجوبُ البذلِ - هنا - للضرورة. والله أعلم.

ولا يملكُ الكُفَّارُ ما يأخذونه؛ لأنه مأخوذٌ بغيرِ حقٍّ، قاله في «المهذب»^(٤).

وإذا جرى في المهادنة شرطٌ فاسدٌ، فسَدَ به العقدُ على الصحيح، وبه قطع ابنُ الصَّبَّاحِ، وغيرُهُ.

الرابع: أن يقتصرَ على المدَّة المشروعة. ثم لا يخلو إمَّا أن لا يكونَ بالمسلمين ضعفٌ، أو يكونَ؛ فإنَّ لم يكن، ورأى الإمامُ المصلحةَ في الهدنة، هادئاً أربعة

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٧٩).

(٢) في المطبوع: «الأصح».

(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع.

(٤) انظر: (المهذب: ٥ / ٣٥١).

أشهر، فأقل، ولا يجوز أكثر من سنة قطعاً، ولا سنة على المذهب، ولا ما بينهما^(١) وبين أربعة أشهر على الأظهر.

وإن كان بالمسلمين ضعف، جازت الزيادة إلى عشر سنين بحسب الحاجة، ولا تجوز زيادة على العشر، لكن إن انقضت المدة والحاجة باقية، استؤنف العقد، وقيل: تجوز الزيادة على عشر بحسب الحاجة، وقيل: لا يجوز أكثر من سنة، وقيل: لا يجوز أكثر من أربعة أشهر، وهذه أوجه شاذة مردودة.

فإذا قلنا: لا تجوز الزيادة على عشر، فهادن مطلقاً، فالعقد فاسد، وقيل: ينزل عند ضعف المسلمين على عشر، وعند القوة قولان.

أحدهما: ينزل على سنة.

والثاني: على أربعة أشهر.

ويجوز أن لا يؤقت^(٢) الإمام الهدنة، ويشترط انقضاءها متى شاء؛ لأن النبي ﷺ هادن يهود خيبر، وقال: «أقركم ما أقركم الله»^(٣) لكن لو اقتصر الإمام على هذه اللفظة، أو قال: هادنتكم إلى أن يشاء الله، فسد العقد؛ لأن النبي ﷺ يعلم ما عند الله بالوحي، بخلاف غيره.

ولو قال: هادنتكم ما شاء فلان، وهو مسلم، عدل، ذو رأي، فإذا نقضها، انتقضت.

ولو قال: ما شاء فلان منكم، لم يجز؛ لأن الكافر لا يحكم على المسلمين.

فزع: إذا زاد قدر مدة الهدنة على الجائر؛ بأن زاد عند الضعف على عشر سنين، أو احتاج إلى أربع مثلاً، فزاد، بطل العقد في الزائد، وفي الباقي قولاً تفريق الصفة. وقيل: يصح فيه قطعاً؛ لعدم العوض، ولأنه يتسامح في معاودة الكفار.

(١) في (أ): «بينها».

(٢) في المطبوع: «يوقف».

(٣) أخرجه (البخاري: ٢٧٣٠) من حديث عمر بن الخطاب، وأخرجه مالك في (الموطأ: ٢ / ٧٣) من حديث سعيد بن المسيب مرسلاً. وانظر: (صحيح مسلم: ١٥٥١ / ٤). قال الحافظ في (الفتح: ٣٢٧ / ٥): «المراد بقوله: «ما أقركم الله»: ما قدر الله أن تترككم فيها، فإذا شئنا، فأخرجناكم تبين أن الله قدر إخراجكم، والله أعلم».

فَرَعُ: إذا طلب الكافر الأمان؛ لسمع كلام الله تعالى، وجبت إجابته قطعاً كما سبق،

قال الإمام^(١): وهل يمهّل لذلك أربعة أشهر، أم يقال: إذا لم يفصل الأمر بمجالس، يحصل فيها البيان التام يقال له: الحق بمأمنك؟ فيه تردد أخذته من فحوى كلام الأصحاب، والأصح: المنع.

الطرف الثاني: في أحكامها [١١٨٣ / ١]

فمتى فسد العقد؛ لزيادة المدّة، أو لالتزام مال، أو غيرهما، لا يمضي؛ بل يجب نقضه، لكن لا يجوز اغتيالهم؛ بل يجب إنذارهم، وإعلامهم.

وإذا وقع صحيحاً، وجب الوفاء بالكف عنهم إلى انقضاء المدّة، أو صدور خيانة^(٢) منهم تقتضي الانتقاض.

وإذا مات الإمام الذي عقدها، أو عزل، وجب على الإمام الذي بعده إمضاؤه؛ فإن رآه فاسداً، قال الروياني: إن كان فساداً من طريق الاجتهاد، لم يفسخه، وإن كان بنص، أو إجماع، فسخه.

وينبغي للإمام إذ هادن أن يكتب عقد الهدنة، ويشهد عليه؛ ليعمل به من بعده، ولا بأس أن يقول فيه: لكم ذمة الله تعالى، وذمة رسوله، ﷺ، وذمتي.

ومتى صرّحوا بنقض العقد، أو قاتلوا المسلمين، أو آووا عينا عليهم، أو كاتبوا أهل الحرب، أو قتلوا مسلماً، أو أخذوا مالاً، أو سبوا رسول الله، ﷺ، انتقض عهدهم، ولا يفتقر إلى أن يحكم الحاكم بنقضه.

قال الإمام^(٣): والمضرات التي اختلف في انتقاض عقد الذمة بها تنقض الهدنة بلا خلاف؛ لأن الهدنة ضعيفة، غير متأكدة ببذل الجزية.

وإذا انتقض عهدهم، جاز قصد بلدهم، وتبئيتهم^(٤)، والإغارة عليهم، إن

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٧٩).

(٢) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٦٠): «جناية».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٠١).

(٤) تبئيتهم: البياث: الإغارة على العدو ليلاً (النجم الوهاج: ٩ / ٤٤٤).

علموا أَنَّ ما فعلوه ناقِضٌ، وكذا إن لم يعلموا على الأصحَّ.

وقيل: لا يقاتلون إلَّا بعد إنذارهم.

وينبغي أَنَّ يقال: إذا لم يعلموا أنه خيانة^(١)، لا ينتقض العهدُ إلَّا إذا كان المفعولُ ممَّا لا يُشكُّ في مُضَادَّتِهِ للهدنة، كالقتالِ.

ثم ما ذكرنا مِنْ قَصْدِهِمْ، والإغارةِ عليهم، هو إذا كانوا في بلادهم، فأَمَّا مَنْ دخلَ دارنا بأمانٍ، أو مُهادنةً، فلا يُغتالُ، وإن انتقضَ عهدهُ؛ بل يُبلِّغُ المأمَنَ، هذا إذا نقضَ جميعُهم العهدَ، فإن نقضَه بعضهم، نُظِرَ:

إن لم يُنكِرِ الآخرونَ على الناقِضينَ بقولٍ، ولا فعلٍ؛ بل ساكَنُوهم، وسكَنُوا، انتقضَ عهدهم أيضاً، وإن أنكروا بقولٍ، أو فعلٍ؛ بأنِ اعترَلُوهم أو بَعَثُوا إلى الإمام؛ بأنَّا مُقيمون على العهد، لم ينتقض، هكذا أطلقه جماهير الأصحاب، ووراءه شيان غريبان.

أحدهما: قال الإمام^(٢): لو بدتْ خِيانَةُ بعضهم، وسكتَ الآخرونَ، كان للإمام أَن يَنْبَذَ إليهم.

والثاني: في كتاب ابنِ كَـجٍّ: أنه لو نقضَ الشُّوقَةُ^(٣) العهدَ، ولم يَعْلَمْ الرئيسُ والأشرافُ بذلك، ففي انتقاضِ العهدِ في حَقِّ الشُّوقَةِ وجهانِ. وجه المنع: أنه لا اعتبارَ بعقدِهِم فكذا بنقضِهِم.

وأنه لو نقضَ الرئيسُ، وامتنعَ الأتباعُ، وأنكروا، ففي الانتقاضِ في حَقِّهم قولانِ.

وجهُ النقْضِ: أنه لم يَبْتَقِ العقدُ في حَقِّ المتبوعِ، فكذا التابع، والصحيحُ ما سبق.

وإذا انتقضَ في حَقِّ بعضهم؛ فإن تميَّزوا، فذاك، وإلَّا فلا يُبَيِّتُهُم الإمامُ، ولا يُعَارُ عليهم إلَّا بعد الإنذارِ، ويبعثُ إلى الذين لم ينقضُوا؛ لِيَتَمَيَّزُوا، أو

(١) في (فتح العزيز: ١١ / ٥٦٠): «جنابة».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ١٠٠).

(٣) الشُّوقَةُ من الناس: الرعيَّةُ، ومن دون الملكِ (نهاية الغريب: سوق).

يُسَلِّمُوهُمْ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلُوا مَعَ الْقُدْرَةِ صَارُوا نَاقِضِينَ أَيْضًا. وَمَنْ أَخَذَ مِنْهُمْ، وَاعْتَرَفَ بِأَنَّهُ مِنَ النَاقِضِينَ، أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، لَمْ يَخَفْ حَكْمُهُ، وَإِلَّا فَيَصَدَّقُ بِمِيقَانِهِ أَنَّهُ لَمْ يَنْقُضْ.

وَأَمَّا عَقْدُ الذِّمَّةِ، فَنَقُضُهُ مِنَ الْبَعْضِ لَيْسَ نَقْضًا [١١٨٣ / ب] مِنَ الْبَاقِينَ بِحَالٍ.

فَرَعٌ: إِذَا اسْتَشْعَرَ الْإِمَامُ مِمَّنْ هَادَنَهُ خِيَانَةً، وَظَهَرَتْ أَمَارَةٌ تَدُلُّ عَلَى خِيَانَتِهِمْ، فَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: يَنْقُضُ عَهْدَهُمْ، وَالصَّحِيحُ الْمَنْصُوصُ: أَنَّهُ لَا يَنْقُضُ^(١)؛ بَلْ لِلْإِمَامِ أَنْ يَنْبِذَ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ، وَحُكِيَ قَوْلُ أَنَّهُ لَا يَنْبِذُهُ كَمَا لَا يَنْبِذُ عَقْدَ الذِّمَّةِ بِالثُّمَّةِ^(٢).

وَحُكِيَ وَجْهٌ فِي نَبْذِ الذِّمَّةِ بِالثُّمَّةِ، وَالْمَذْهَبُ الْفَرْقُ.

وَإِذَا نَبَذَهُ فَلَا بُدَّ مِنْ إِنْذَارِهِمْ، وَإِبْلَاغِهِمُ الْمَأْمَنَ، لَكِنْ مَنْ عَلَيْهِ حَقُّ آدَمِيٍّ مِنْ مَالٍ، أَوْ حَدٌّ قَذْفٍ، أَوْ قِصَاصٍ، يُسْتَوْفَى مِنْهُ أَوَّلًا.

وَالْمَعْتَبَرُ فِي إِبْلَاغِ الْكَافِرِ الْمَأْمَنَ، أَنْ يَمْنَعَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَمِنْ أَهْلِ عَهْدِهِمْ، وَيُلْحَقَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَاکْتَفَى ابْنُ كَيْجٍ بِالْحَاقَةِ بِأَوَّلِ بِلَادِ الْكُفْرِ، وَقَالَ: لَا يَلْزَمُ الْحَاقَةُ بِلَدِهِ الَّذِي يَسْكُنُهُ فَوْقَ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ أَوَّلِ بِلَادِ الْكُفْرِ وَبِلَدِهِ الَّذِي يَسْكُنُهُ بَلَدٌ لِلْمُسْلِمِينَ يَحْتَاجُ إِلَى الْمُرُورِ عَلَيْهِ.

وَفِي «الْبَحْرِ»: أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ مَأْمَنَانِ، لَزِمَ الْإِمَامَ الْحَاقَةُ بِمَسْكَنِهِ مِنْهُمَا. وَلَوْ كَانَ يَسْكُنُ بِلَدَيْنِ، فَلَاخْتِيَارُ لِلْإِمَامِ، وَفِي هَذَا مَا يُنَازَعُ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِأَوَّلِ بِلَادِ الْكُفْرِ.

وَلَوْ لَمْ تَظْهَرْ أَمَارَةٌ يَخَافُ بِسَبَبِهَا مِنْهُمْ [لَمْ يَجُزْ]^(٣) نَبْذُ الْعَهْدِ، وَلَا اعْتِبَارُ الْوَهْمِ الْمَحْضِ، حُكِيَ ذَلِكَ عَنْ نَصِّهِ فِي «الْأُمِّ».

فَرَعٌ: إِذَا هَادَنَ الْإِمَامُ مَدَّةً؛ لَضَعْفٍ وَخَوْفٍ اقْتِضَاهَا، ثُمَّ زَالَ الْخَوْفُ وَقَوِيَ الْمُسْلِمُونَ، وَجَبَ الْوَفَاءُ بِمَا جَرَى.

(١) فِي (ظ) زِيَادَةٌ: «عَهْدَهُمْ».

(٢) الثُّمَّةُ: بِسُكُونِ الْهَاءِ وَفَتْحِهَا: الشُّكُّ وَالرِّيْبَةُ (الْمَصْبَاحُ: ت ه م).

(٣) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ سَاقِطٌ مِنْ (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ، الْمَثْبُوتُ مِنْ (أ، س).

فَوَعَّ: قال في « الحاوي »: يجبُ على الذين هادَنَهُم الإمامُ الكَفُّ عن قبيح القول والعمل في حقَّ المسلمين، وبَذْلُ الجميل منهما، فلو كانوا يُكرمُون المسلمين، فصاروا يُهينُونَهُم، أو يُضيفون النزِيل ويَصِلُونَهُم، فصاروا يقطعونَهُم، أو يعظِّمون كتابَ الإمام، فصاروا يستخفُّون به، أو نَقَصُوا عَمَّا كانوا يخاطبونهُ^(١) به^(٢)، سألهُم الإمام عن سبب فعلهم؟ فَإِنْ اعتذروا بما يجوزُ قَبُولُ مثله، قَبِلَهُ، وَإِنْ لم يذكروا عُذْرًا، أمرهم بالرجوعِ إلى عادتِهِمْ؛ فَإِنْ امتنعوا، أعلَمَهُمْ بِنَقْضِ الهُدْنَةِ ونَقْضِهَا.

فَصُلِّ: إذا شرطَ ردَّ المرأة إذا جاءتنا منهم مُسْلِمَةً، لم يَجْزُ بحالٍ، وشرطَ ردَّ الرجل إذا هاجرَ مُسْلِمًا جائِزٌ في الجُمْلَةِ، والفرقُ أنه لا يؤمَّنُ أَنْ يصيِّبَهَا زوجها الكافرُ، أو أَنْ تُزَوِّجَ كافرًا، ولأنها عاجزة عن الهَرَبِ وأقربُ إلى الافتتانِ، فإذا عقدَ الإمامُ هدنةً، فَإِذَا أَنْ يشرطَ أَنْ لا يردَّ مَنْ جاء مسلمًا، أو يطلقَ، أو يشرطَ الردَّ، فَإِنْ شرطَ أَنْ لا يردَّ، فلا ردَّ، ولا غرمَ، وكذا لو خصَّ النساء، يمنع الردَّ.

وإن أطلقَ فهل يغرمُ الإمامُ مَهْرَ مَنْ جاءَتْ مسلمةً؟ قولان.

أظهرهما: لا.

وقيل: إن كان قبلَ الدخولِ وجبَ الغُرمُ قطعًا، قال ابنُ الصَّبَّاح: هذا سهوٌ من قائله.

وإن شرطَ الردَّ، نُظِرَ:

إن أطلقَ، فقال: بشرطِ أَنْ نردَّ مَنْ جاءنا منهم، ففي وجوبِ الغُرمِ القولانِ، وقد يقال: إن أوجبنا عند الإطلاقِ، فهنا أولى، وإلا فقولان.

ولو صرَّحَ بشرطِ ردَّ النساء، فهو فاسِدٌ، وفي فسادِ العقدِ به ما سبقَ، فَإِنْ لم يفسدُهُ، ففي الغُرمِ الخلافُ السابقُ بالترتيب، ويتفرَّعُ على وجوبِ الغُرمِ مسائل.

منها: المَعْرُوم، وهو المبدولُ مِنْ صَدَاقِهَا، وقال الماورديُّ: عندي أنه هو الأقلُّ [١١٨٤ / أ] من مَهْرِ المِثْلِ والمبدولِ، والصحيح: الأولُ، وبه قال الجمهورُ.

(١) في المطبوع: « يخاطبون ».

(٢) كلمة: « به »، ليست في (أ).

ولو لم يدفع إليها شيئاً، فلا شيء له .

ولو لم يدفع إلا بعضه، لم يستحق إلا ذلك القدر .

ولو كان أعطاها أكثر من المسمى، لم يستحق الزيادة، كما لا يستحق ما أطعمها وكساها، وأنفقه في العرس؛ لأنه متبرع به، ولأنه ليس بدل البضع الذي حللنا بينه وبينه .

ومنها: لا يثبت الغرم بمجرد قوله: أعطيتها صداقها؛ بل يُنظر:

إن أنكرت النكاح، فهي المصدقة، وعليه البيّنة، وإن صدّقته، وأنكرت القبض، ففي « الشامل » وغيره: أنها تصدّق باليمين، وعليه البيّنة، وقال الرؤياني: لا يمين عليها؛ لأن الصداق على غيرها، وقال الشيخ أبو حامد: يفحص الإمام عن مهر مثلها، فقد يعرفه من تجار المسلمين الذين دخلوا دار الحرب، ومن الأسارى، ثم يحلف الرجل أنه أصدقها ذلك القدر، وسلّمه .

ولو ادّعى الدفع، وصدّقته، فقد نقل الإمام عن العراقيين: أن إقرارها كالبيّنة، وقالوا: تعمّر إقامة البيّنة على ما يجري بين الكفار، ورأى الإمام أن يعتمد قولها، ولا يجعله حجة علينا .

ومنها: محل الغرم: سَهْم المصالح، وحكى ابن كجّ وجهاً أنه إن كان للمرأة مالٌ، أخذ منها، والصحيح: الأول؛ فإن هاجرت إلى بلد فيه الإمام، غرم المهر، وإن هاجرت إلى بلد فيه نائبه، فكذلك، وهل المعتبر نائبه في عقد الهذنة، أم في بيت المال؟ وجهان .

وإن هاجرت إلى بلد ليس فيه الإمام، ولا نائبه، فعلى أهل البلد منعها حسبته، ولا يغرمون المهر، قال ابن كجّ: وليس على الإمام - والحالة هذه - ردّ المهر، كما لو جاء رجل إلى غير بلد الإمام لا يلزمه أن يخلّي بينه وبين من يطلبه، والأحسن ما حكاه البغوي وغيره: أنه إن قال عند المهادنة: من جاني منكم مسلماً ردّدته، لم يلزمه شيء؛ لأنها ما جاءتة، وإن قال: من جاء المسلمين، أو من جآنا، وجب .

ومنها: لو وهبته الصداق، أو أبرأته فعلى الخلاف في التشطير^(١) .

ومنها: إذا جاءت مُسْلِمَةً، ثم أسلم الزوج، نُظِرَ:

إِنْ أسلم قبل انقضاء عِدَّتِها، فالتكاح مستمرٌّ، وليس له ^(١) طَلَبُ المهر، وإنَّ أخذه قبل الإسلام، لزمه رَدُّه إذا زالتِ الحيلولة.

وإن لم يُسَلِّمْ حَتَّى انقَضَتْ عِدَّتِها، نُظِرَ:

إِنْ أخذ المهر قبل الإسلام، لم يُسْتَرْجَع منه، وصار بالقبضِ كالمستهلك في الشريك، وإن لم يأخذه؛ فَإِنْ طالَبَتْ به قبل إسلامه، استقرَّ له المهر؛ لحصول الحيلولة بإسلامها، ومنعنا إيَّاهَا منه.

وعن أبي إسحاق: أنه لا مهر له، والصحيح: الأول.

وإن لم يطالب بها قبل إسلامه، فلا شيء له؛ لأنَّ الحيلولة حصلت بالبينونة باختلاف الدين، ولا مُطالبةً بالمهر بعد البينونة، فلو كانت الصورة بحالها، ولم يكن أعطاهَا المهرَ، فلمَّا أسلم بعد انقضاء العِدَّة أخذت المهرَ بسبب المسيس، فهل يغرم ^(٢) له ذلك؟ فيه احتمالان للإمام، وجعلهما الغزالي وجهين.

أَرَجَحُهما: المنع، هذا إذا كان إسلامها بعد الدخول، فإن جاءت مسلمة قبل الدخول، وأسلم الزوج بعدها، لم يكن له طَلَبُ المهر؛ لأنه أسلم بعد البينونة.

ومنها: لو جاء في طلبها غير زوجها، كأبيها، [١١٨٤ / ب] وعشيرتها، لم يغرم شيئاً؛ لأنَّ المعْتَبَر طَلَبُ مَنْ كان له ملكُ البُضْعِ، أو طَلَبُ وكيله ورسوله.

ولو جاءنا الزوج، ولم يطلبها، لم يغرم أيضاً، وينبغي أن يكون الطَلَبُ في العِدَّة، فأما إذا بانَّت بانقضاء العِدَّة، فلا أثر للطَلَبِ.

ومنها: إذا دخلت كافرة، ردَّ دُناها، سواءً طلبها زوجها، أو محارمها؛ فإنَّ أسلمت بعد دُخولها، فهو كما لو جاءت مسلمة في أنَّا لا نردُّها، وفي غرم المهر، وقيل: في الغُرم، وجهان.

ولو ارتدَّت بعد الإسلام، وجاء الزوج يطلبها، نُظِرَ: إنَّ طلبها بعد قَتْلِها، لم

(١) في المطبوع: «لها».

(٢) في المطبوع: «تغرم».

نغرّم شيئاً؛ لحصولِ الحيلولة بالقتل، وإن طلبها قبل القتل، لم نردّها، لوجوب قتلها، وفي الغرم وجهان.

أصحهما: يجب؛ لحصولِ الحيلولة بالإسلام.

ومنها: لو جاءتنا مُسلمة، فَجُنَّتْ، أو جاءتنا مجنونة، ثم أفاقت وأسلمت، فحكمها في الردّ والغرم حُكْمُ الْعَوَاقِلِ، وإن جاءت مجنونة تصف الإسلام، أو لا تصفه، وأخبر عنها أنها وصفتُ ولم نعلم، أو وصفتُ قبل الجنون أم فيه، أو لم نخبر عنها بشيء، لم تردّ؛ لاحتمالِ الإسلام قبل الجنون، ولا غرم؛ لاحتمال أنها لم تُسلم حينئذ، فلا نغرّم بالشك؛ فإن أفاقت وأقرّت بالإسلام، غرّمنا، وإلا ردّدناها ولا غرم، ولو علمنا أنها لم تزل مجنونة، فينبغي أن تُردّ.

ومنها: إذا جاءت صبية مميّزة، وهي تصف الإسلام، لا نردّها؛ لأنّا وإن لم نصحّ إسلامها فتتوقّع، فيحتاجُ لحرمة الكلمة، وقيل: تُردّ، والصحيح: الأول، ولا غرم في الحال على الأصحّ، وقيل: الأظهر، كالمجنونة، فإن بلغت، ووصفت الكفر، ردّدناها، وإن وصفت الإسلام، غرّمنا.

ومنها: لو جاءت رقيقة منهم مُسلمة، فلا تُردّ على سيّدها، ولا زوجها، ويحكم بعقتها إن فارقتهم، ثم أسلمت؛ لأنها إذا جاءت مُراغمةً لهم، ملكت نفسها بالقهر، فتعتق، كعبد قهر سيده الحربي؛ فإنه يصيرُ حرّاً، وهل يغرم لسيدها قيمتها من سهم المصالح إذا جاء يطلبها؟ فيه طريقان.

المذهب: أنه على القولين.

والثاني: لا غرم قطعاً؛ لأن الحيلولة حصلت بالعق والقه قبل الإسلام، ومن قال بالمذهب، قال: المانع هو الإسلام؛ فإنها لو كانت حرة كافرة لم تمنع من زوجها^(١)، ولو أسلمت، ثم فارقتهم، وهاجرت مسلمة، فقال البغوي: لا تصيرُ حرة؛ لأنهم في أماننا، وأموالهم محرمة علينا، فلا يزول الملك عنها بالهجرة، بخلاف ما إذا هاجرت، ثم أسلمت؛ لأن الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض، فملكنا أنفسها بالقهر، ولم يتعرّض جماعة لهذا التفصيل، وأطلقوا الحكم بالعق،

ويجوزُ أَنْ يُؤْخَذَ بِهِ؛ لِأَنَّ الْهَدْنََةَ جَرَتْ مَعْنَا، لَا مَعَهَا، كَمَا سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الرَّجُلِ إِذَا جَاءَنَا مُسْلِمًا، وَرَدَدْنَاهُ، أَنَّ لَهُ التَّعَرُّضَ لَهُمْ. ثُمَّ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ: لَا تَرُدُّ إِلَى سَيِّدِهَا؛ لِإِسْلَامِهَا وَشِرْكِهِ، وَلَكِنْ نَغْرُمُ لَهُ قِيَمَتَهَا، كَمَا لَوْ غَصِبَ مِنْهُمْ مَالٌ، وَتَلَفَ.

واعترض صاحب «البيان» وقال: الذي يقتضيه المذهب؛ أَنَّا لَا نَغْرُمُ الْقِيَمَةَ، وَنَأْمُرُهُ ^(١) بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ عَنْهَا، كَأَمَّةٍ كَافِرٍ، أَسْلَمَتْ ^(٢)، وَنَعُودُ إِلَى هَذَا الْكَلَامِ وَالتَّفْصِيلِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَإِذَا كَانَتْ الْأَمَّةُ [١١٨٥ / أ] مَزُوجَةً، فَفِي غَرَمِ الْمَهْرِ الْقَوْلَانِ؛ فَإِنْ قَلْنَا بِغَرَامَةِ الْمَهْرِ وَالْقِيَمَةِ، نُنْظَرُ:

إِنْ حَضَرَ الزَّوْجُ وَالسَّيِّدُ مَعًا، أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ حَقَّهُ، وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ فَثَلَاثَةُ أَوْجُهُ.

أَصْحُهَا ^(٣): نَغْرُمُ حَقَّ الطَّالِبِ.

وَالثَّانِي: لَا نَغْرُمُ شَيْئًا؛ لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ مُشْتَرِكٌ، وَلَمْ يَتِمَّ الطَّلَبُ.

وَالثَّلَاثُ: نَغْرُمُ لِلْسَّيِّدِ إِنْ انْفَرَدَ بِالطَّلَبِ، وَلَا نَغْرُمُ لِلزَّوْجِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ فِي الْمَزُوجَةِ لِلْسَّيِّدِ آكَدُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَسَافِرُ بِهَا بِخِلَافِ الزَّوْجِ؟ ! فَإِنْ كَانَ زَوْجُ الْأَمَةِ عَبْدًا، فَلَهَا خِيَارُ الْفَسْخِ إِذَا عَتَقَتْ، فَإِنْ فَسَخَ النِّكَاحَ، لَمْ نَغْرَمْ الْمَهْرَ؛ لِأَنَّ الْحِيلُولَةَ حَصَلَتْ بِالْفَسْخِ، وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ وَأَوْجَبْنَا غَرَمَ الْمَهْرِ، فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ جَمِيعًا، وَطَلَبِ الزَّوْجِ الْمَرْأَةِ، وَالسَّيِّدِ الْمَهْرَ، فَإِنْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا، لَمْ نَغْرَمْ؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِلْسَّيِّدِ، وَالْمَهْرُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِلْعَبْدِ.

وَمِنْهَا: إِنَّمَا نَغْرُمُ إِذَا طَلَبَهَا الزَّوْجُ فَمَنْعَناها بِسَبَبِ الْإِسْلَامِ، أَمَّا إِذَا مَاتَ قَبْلَ الطَّلَبِ، فَلَا غُرَمَ، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الزَّوْجُ قَبْلَ أَنْ يُطَلَبَهَا مِنَّا وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الطَّلَبِ وَالْمَنْعِ، لَمْ يَسْقُطِ الْغُرَمُ، فَإِنْ كَانَ هُوَ الْمَيِّتَ، صُرِفَ الْمَهْرُ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَإِنْ قُتِلَتْ قَبْلَ الطَّلَبِ، فَلَا غُرَمَ، كَمَا لَوْ مَاتَتْ،

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَيَأْمُرُهُ».

(٢) انْظُرْ: (الْبَيَانُ: ١٢ / ٣٢٢).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَصْحُهَا».

وإن قُتِلَ بعده، ثَبَتَ الْغَرْمُ.

ثم نقل الإمام^(١) أنه يكون على القاتل؛ لأنه المانع بالقتل، ورأى أن يُفَصَّلَ فيقال: إن قتلها على الاتصال بالطلب، فالحكم ما ذكره، وإن تأخر القتل، فقد استقرَّ الغرم علينا بالمنع، فلا أثر للقتل بعده، وفي الحالتين لا حقَّ للزوج فيما على القاتل من قصاصٍ وديةٍ؛ لأنه لا يرثها.

ولو جرحها شخصٌ قبل الطلب، ثم طلبها الزوج، وقد انتهت إلى حركة المذبوحين، فهو كالطلب بعد الموت. وإن بقيت فيها حياةٌ مستقرَّة، فهل الغرم على الجراح، أم في بيت المال؛ لأن المنع في الحياة؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني.

ولا يسقط الغرم، بأن يطلقها بعد طلبها، وأما قبله؛ فإن خالعتها، أو طلقها طلاقاً بائناً، فلا غرم؛ لأنه ترك باختياره، قال الرؤياني: وكذا لو ملكها أن تطلق نفسها على الفور. وقد يلائم هذه القاعدة أن يقال: يشترط كون الطلب على الفور.

وإن طلقها رجعيًّا، أو طلقها، فأسلمت وهي في عِدَّة الرجعية، ثم جاء الزوج يطلبها، فالصحيح المنصوص أنَّا إنما نغرم له إذا راجعها، لظهور قصد الإمساك بالرجعة، وإن كانت رجعة الكافر المسلمة لا تصح.

قال الإمام^(٢): وخَرَجَ المحققون قولاً؛ أنه يستحقُّ المهر بمجرد الطلب، بلا رجعة؛ لأنها فاسدة، فلا معنى لاشتراطها.

فَرَعُ: جميع ما ذكرناه هو في ردِّ النساء الحرائر، أمَّا الإمام والصُّبَّان والمجانين، فلا يردُّون لضعفهم، ولا يجوزُ الصلح بشرط ردِّهم، ولا غرم في ترك ردِّهم، كما في غير ذوات الأزواج، فإذا بلغ الصبي، وأفاق المجنون، فإن وصفاً الإسلام، فذاك، وإن وصفاً كُفراً لا يُقرُّ أهلُه عليه، فإنَّ أن يُسلم، وإنَّ أن يُردَّ إلى مأمْنهما. وإن وصفاً كُفراً يُقرُّ أهلُه [عليه]^(٣)، فإنَّ أن يُسلم، وإنَّ أن يُقبلَ الجزية، وإنَّ أن يُردَّ إلى مأمْنهما.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٨٨).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩١).

(٣) ما بين حاصرتين من (أ).

وأما الذكور البالغون العقلاء، فنقل [١١٨٥ / ب] الإمام^(١) في ردّ العبد وجهين.

الصحيح الذي ذكره الجمهور: لا يُردُّ؛ لأنه جاء مسلماً مُرَاعِماً لهم، والظاهر أنهم يسترقون، ويُهينونه، ولا عَشيرة له تحميه.

والثاني: يُردُّ، والمنع في النساء لخوف الفاحشة.

وهل يعتق العبد الذي جاء مسلماً؟ قال في «الحاوي»: «إن غلبهم على نفسه، ثم أسلم، وهاجر، عتق؛ لأنَّ الهدنة لا توجب أمان بعضهم من بعض.

وإن أسلم، ثم غلبهم على نفسه، وجاءنا، نُظِرَ:

إن فعل ذلك قبل أن هادنّاهم، فكذلك؛ لأنه غلب في حال الإباحة، وإن فعله بعد الهدنة، لم يعتق؛ لأنَّ أموالهم مُحَرَّمة حينئذ، لا يملكها بالقهر.

ثم لا يُردُّ إلى السيّد، وإن لم يعتق، ولا يمكن من استرقاقه، فإن أعتقه وإلاّ باعه الإمام لمسلم، أو دَفَعَ قيمته من بيت المال، وأعتقه عن المسلمين كافةً، وولاؤه لهم.

وأما الحرُّ؛ فإن لم تكن له عَشيرةٌ وغلب على الظن أنه يُذلُّ ويُهَانُ، ففي ردّه طريقان.

الصحيح: طُرِدَ القولين^(٢) في ردّ العبد.

والثاني: يُردُّ قطعاً؛ لأن الحرية في الجملة، مَطْنَةُ القدرة، فإن قلنا: يُردُّ، قال الإمام^(٣): لا يبعد أن يقال: على الإمام أن يشرط عليهم أن لا يُهينوا المسلم المردود، فإن أهانوه، كانوا ناقضين للعهد.

وإن كان للحرّ عَشيرةٌ، وطلبته، ردَّ كما ردَّ النبي ﷺ أبا جندل^(٤)، رضي الله

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩٥).

(٢) في (أ)، وهامش (ظ)، وفي المطبوع: «الوجهين»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١١ / ٥٧٣).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩٥).

(٤) أخرجه (البخاري: ٢٧٣١، ٢٧٣٢) من حديث المسور بن مخرمة، ومروان بن الحكم، وانظر: =

عنه^(١) على أبيه^(٢) سُهَيْلِ بْنِ عَمْرٍو^(٣)؛ لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُمْ يَحْمُونَهُ، وَأَمَّا كَوْنُ عَشِيرَتِهِ تُوْذِيهِ بِالتَّقْيِيدِ وَنَحْوِهِ، فَلَا عِتْبَارَ بِهِ؛ فَإِنَّهُمْ يَفْعَلُونَهُ؛ تَأْدِيباً فِي زَعْمِهِمْ.

وإِنْ طَلَبُهُ غَيْرُ^(٤) عَشِيرَتِهِ، لَمْ يُرَدَّ إِلَّا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ مِمَّنْ يَقْدِرُ الْمَطْلُوبُ عَلَى قَهْرِهِ، وَالْإِفْلَاتِ مِنْهُ، وَعَلَى هَذَا حُمِلَ رَدُّ النَّبِيِّ ﷺ أبا بصير^(٥)، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٦).

وإِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ أَحَدٌ، فَلَا رَدَّ، كَمَا لَا غَرْمٌ إِذَا لَمْ يَطْلُبْ أَحَدٌ الْمَرَأَةَ.

قال الأصحاب: ومعنى الرَّدِّ: أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ^(٧) مِنَ الرَّجُوعِ، وَيُخْلَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يَطْلُبُهُ، لَا أَنَّهُ يُجْبَرُ عَلَى الرَّجُوعِ، وَهَذَا مَعْنَى رَدِّ النَّبِيِّ ﷺ أبا جندلٍ، وَأبا بصيرٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَلَا يَبْعُدُ تَسْمِيَةُ التَّخْلِيَةِ رَدّاً كَمَا فِي رَدِّ الْوَدِيعَةِ.

ولو شرط الإمام في الهدنة أَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِمْ مَنْ جَاءَهُ مُسْلِماً، فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ

= حديث البراء بن عازب في البخاري أيضاً برقم (٢٧٠٠).

(١) أبو جندلٍ: بفتح الجيم وإسكان النون: هو ابن سُهَيْلِ بْنِ عَمْرٍو. قال الزبير بن بكار: اسم أبي جندلٍ: العاصُ. أسلم أبو جندل بمكة، فحبسه أبوه، وقَيْدَهُ، فَهَرَبَ يَوْمَ الْحَدِيثَةِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَرَدَّ إِلَيْهِمْ بسبب العهد الذي جرى، ثم هرب، والتحق بأبي بصير ورَفَقْتَهُ، وأقاموا بَسِيفَ الْبَحْرِ فِي مَكَانٍ يَسْمَى الْعَيْصِ. ولم يزل أبو جندل وأبوه سُهَيْلِ بْنِ عَمْرٍو مجاهدين بالشام حتَّى توفيا. قال الذهبي: توفي أبو جندل شهيداً في طاعون عمواس بالأردن سنة (١٨ هـ). انظر ترجمته في (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٤٣٧ - ٤٣٨).

(٢) كلمة: « أبيه »، ساقطة من المطبوع.

(٣) هو أبو يزيد، سُهَيْلِ بْنِ عَمْرٍو القرشي، من لُؤَيٍّ، خطيب قريش، وأحد ساداتها في الجاهلية، أسره المسلمون يوم بدر، وعلى يديه انبرم الصلح يوم الحديبية، ثم أسلم يوم الفتح. قال سعيد بن مسلم: لم يكن أحدٌ من كبراء قريش الذين أسلموا يوم الفتح أكثر صلاةً، وصوماً، وصدقةً، واشتغالاً بما ينفعه في الآخرة من سُهَيْلِ بْنِ عَمْرٍو، وكان كثير البكاء، رقيقاً عند قراءة القرآن. سكن مكة، ثم سكن المدينة، وخرج بأهل بيته إلى الشام مجاهداً فاستشهد باليرموك، وقيل: بمرج الصَفَّر، وقيل: توفي في طاعون عمواس سنة (١٨ هـ). انظر ترجمته في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٥٦١ - ٥٦٣).

(٤) في المطبوع: « عين »، تحريف.

(٥) هو طرفٌ من حديث صلح الحديبية. أخرجه (البخاري: ٢٧٣١، ٢٧٣٢) من حديث الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ، ومروان بن الحكم.

(٦) أبو بصير: بفتح الباء الموحدة، وكسر الصاد المهملة، اسمه: عُتْبَةُ بْنُ أَسِيدِ الثَّقَفِيِّ. توفي بسيف البحر، بعد صلح الحديبية، وقبل فتح مكة، وصلى عليه أصحابه، أبو جندلٍ، والباقون. انظر ترجمته في (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٣٨٧ - ٣٨٨).

(٧) في المطبوع: « لا منع ».

قال: يجبُ الوفاء بشرطه، ومقتضى هذا: أن لا يعتبر الطلب، ونقل الرُّوياني عن النص؛ أنه يفسدُ العقد بهذا الشرط، وذكر أنهم لو طلبوا من جاء منهم، وهو مُقيم على كفره، مكَّثَّاهم منه، وأنهم لو كانوا شَرَطُوا أن يقومَ برده عليهم، وقَّينا بالشرط، ولا يجبُ على المطلوب أن يرجع إليهم، ولذلك لم ينكر النبي ﷺ على أبي بصير رضي الله عنه امتناعه؛ فإن اختارَ الإقامة في دار الإسلام، لم يمنع، ويقولُ الإمام للطالب: لا أمنعك منه، إن قَدَرْتَ عليه، ولا أعينك إن لم تَقْدِرْ.

وعن النص: أنه يستحبُّ أن يقولَ للمطلوب سرّاً: لا تَرَجِعْ، وإن رجعت فاهْرُبْ إذا قَدَرْتَ، وللمطلوب أن يقتل الطالب، ولنا أن نرشدَه إلى قتلِهِ تعريضاً، لا تصريحاً؛ لأنَّ الإمام إنما التزم بالهدنة أن يمتنع عنهم، ويمنع الذين يعادونهم، وهم المسلمون يومئذٍ، فأما من أسلمَ بعدُ، فلم يشترط^(١) على نفسه، ولا تناوله شرطُ الإمام؛ لأنَّه ليس في قبضته، [١١٨٦ / أ] وفيه احتمالٌ للإمام^(٢) أنه ليس له التعرُّضُ لمن عصمَ الإمام دمَه وماله؛ ولهذا: من جاءنا مسلماً ولم يُطلب، يلزمُه بعقد الهدنة ما لزمنا.

فَرُع: عن «البحر»: كافر تحته عشرُ نسوة، أسلمن، وهاجرن، وجاء يطلبهنَّ، يؤمَّرُ باختيارٍ أربع، ويُعطى مهورهنَّ على قولٍ غرامة المهر.

والمستولدة إذا جاءت مُسلمة، كالأمّة، والمكاتبَةُ إن اقتضى الحال عِتْقَهَا كذلك، وتَبْطُلُ الكتابةُ وإلّا فهي على كتابتها؛ فإن أدَّتْ، عَتَقَتْ، وللسيد الولاء، وإن عجزت، ورَقَّتْ حَسِبَ ما أخذَ من مالِ الكتابة بعد إسلامِها من ضمانها، ولا يحسبُ منه ما أخذَ قبل الإسلام؛ فإن بلغَ المحسوبُ عليه قَدْرَ القيمة، فقد استوفى حقَّه، وعَتَقَتْ، وولاؤها للمسلمين، وهل يردُّ عليها من بيت المال؟ قولان؛ بناءً على أنا هل نغرُمُ للسيد قيمة الأمّة؟ وإن كان المؤدّي أكثرَ من القيمة، لم يسترجع الفاضل من سيدها، وإن كان أقلَّ، فللسيد تمامُ القيمة، ويكونُ ذلك من بيت المال.

فَصْل: إذا عقدَ الهدنة بشرط أن يردُّوا من جاءهم منّا مُرتدّاً، ويُسلموه إلينا،

(١) في المطبوع: «يشترط».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٩٦).

لزمهم الوفاء؛ فإن امتنعوا، كانوا ناقضين للعهد؛ فإن عقدت بشرط أن لا يردوا من جاءهم، ففي جوازه قولان.

أظهرهما، وأشهرهما: الجواز.

والثاني: المنع؛ بل لا بد من استرداده لإقامة حكم المرتدين عليه.

وقال الماوردي: الصحيح عندي: صحة الشرط في الرجال، دون النساء؛ لأن الأبناء يحتاج لها.

ويحرم على الكافر من المرتدة ما يحرم من المسلمة، وربما حاول تنزيل القولين على الصنفين؛ فإن أبطلنا الشرط وأوجبنا الرد، فالذي عليهم التمكين والتخية دون التسليم. وكذا الحكم لو جرت المهادنة مطلقاً من غير تعرض لرد المرتد، وحيث لا يلزمهم التمكين والتسليم، يلزمهم مهر من ارتد من نساء المسلمين، وقيمة من ارتد من رقيقهم، ولا يلزمهم غرم من ارتد من الرجال الأحرار.

ولو عاد المرتدون إلينا، لم نرد المهور، ونرد القيم؛ لأن الرقيق بدفع القيمة يصير ملكاً لهم، والنساء لا يصرن زوجات، وحيث يجب التمكين دون التسليم فمكنوا^(١)، فلا غرم عليهم، سواء وصلنا إلى المطلوبين، أم لا.

وحيث يجب التسليم يطالبهم به عند الإمكان؛ فإن فات التسليم بالموت، لزمهم الغرم، وإن هربوا، نظراً:

إن هربوا قبل القدرة على التسليم، فلا غرم، وبعدها يجب الغرم.

وإذا قلنا: لا تسترد المرتدة، غرم الإمام لزوجها ما أنفق من صداقها؛ لأننا بعقد الهدنة حللنا بينه وبينها، ولولاه، لقاتلناها حتى يردوها، وإن قلنا: تسترد، فتعذر ذلك، فقال الغزالي: نغرم له أيضاً، ويشبه أن يكون الغرم لزواج المرتدة مفرعاً على الغرم لزواج المسلمة المهاجرة، ولم أره مَصْرَحاً به، وقد يشعر كلام الغزالي بخلافه.

ثم لو جاءتهم امرأة من مرتدة، وهاجرت إلينا امرأة منهم مسلمة، وطلبها زوجها، فلا نغرم له المهر؛ بل نقول: هذه بهنذه، ويجعل المهرين قصاصاً، ويدفع

(١) في المطبوع: «تمكنوا».

الإمام المهرَ إلى زوج المرتدة، ويكتبُ إلى زعيمهم، ليدفعَ مهرَها إلى زوج المهاجرة، هذا إن تساوى [١١٨٦ / ب] القدران، فإن كان مهرُ المهاجرة أكثرَ، صَرَفْنَا مقدارَ مهرِ المرتدة منه إلى زوجها، والباقي إلى زوج^(١) المهاجرة. وإن كان مهرُ المرتدة أكثرَ، صَرَفْنَا مقدارَ مهرِ المهاجرة إلى زوجها، والباقي إلى زوج المرتدة، وبهذه المُقَاصَّةِ فَسَّرَ مفسِّرونَ قوله تعالى: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَابَقْتُمْ فَاتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِثْلَ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الممتحنة: ١١].

فصل: على الإمام منع مَنْ يَقْصِدُ أهلَ الهدنة من المسلمين، والذميين، وليس عليه منعُ الحربيين، ولا منعُ بعضهم مِنْ بعضٍ؛ لأنَّ الهدنةَ لمجردِ الكفِّ، لا للحفظِ، بخلافِ الذمة.

ولو أتلفَ مسلمٌ، أو ذميٌّ على مهادينِ نفساً، أو مالاً، ضَمِنَهُ، وإن قَذَفَهُ عُرَّزَ، وعليهم بإتلافِ مالِ المسلمِ الضمانُ، ويقتلُهُ الْقِصَاصُ، وبالْقَذْفِ الْحَدُّ.

ولو أغارَ أهلُ الحربِ عليهم، ثُمَّ ظَفَرَ الإمامُ بأهلِ الحربِ، فاستنقذَ منهم أموالَ أهلِ الهدنة، لزمَهُ رَدُّهَا إليهم.

وفي إقامةِ حَدِّ السرقةِ، والزَّنى على المعاهدِ، وانتقاضِ عهدهِ بالسرقةِ خلافٌ، سبقَ في آخرِ البابِ الأولِ من « كتاب السرقة ». وباللهِ التوفيقُ.

كتابُ الصَّيْدِ والذَّبَائِحِ، والضَّحَايَا، والعَقِيقَةِ، والأطعمةِ. هذه الكتبُ تقدَّمتْ في آخرِ العباداتِ.



٧٢ - كِتَابُ السَّبْقِ ^(١) وَالرَّمْيِ وَهُوَ الْمُنَاضَلَةُ ^(٢)

المسابقة، والمُنَاضَلَةُ جائِزَتان؛ بل سُنَّتَانِ إذا قَصَدَ بهما التَّأَهُّبُ لِلجِهَادِ.

قُلْتُ: يُكْرَهُ لِمَنْ عَلِمَ الرَّمْيَ تَرْكُهُ كِرَاهَةً شَدِيدَةً، فِي «صَحِيحِ مُسْلِمٍ» عَنْ عُقْبَةَ ^(٣)، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «مَنْ عَلِمَ الرَّمْيَ، ثُمَّ تَرَكَهُ، فَلَيْسَ مِنِّي، أَوْ قَدْ عَصَى» ^(٤). وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَيَجُوزُ شَرْطُ الْمَالِ فِي الْمُسَابَقَةِ، وَالْمُنَاضَلَةِ.

وَفِي الْكِتَابِ بَابَانِ: بَابٌ فِي السَّبْقِ، وَبَابٌ فِي الرَّمْيِ، وَقَدْ تَدَخَّلَ مَسَائِلُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ؛ لِتَقَارُبِهِمَا.



(١) السَّبْقُ: بَفَتْحِ السِّينِ الْمَهْمَلَةِ وَسُكُونِ الْبَاءِ الْمَوْحَدَةِ، وَهُوَ يُطْلَقُ عَلَى الْإِسْتِبَاقِ بِالْخَيْلِ، وَبِالسَّهَامِ. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ [يُوسُف: ١٧]، قِيلَ: مَعْنَاهُ: نَتَنَاضَلُ بِالسَّهَامِ، وَقِيلَ: نَجْرِي عَلَى الْأَقْدَامِ. انْظُرْ: (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ: ٣ / ٢٥٥ - ٢٥٦)، وَ(النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ٩ / ٥٨٣)، وَ(سَبِيلُ السَّلَامِ ص: ١٢٨٥)، وَ(الْمَوْسُوعَةُ الْفَقْهِيَّةُ: ٢٤ / ١٢٣).

(٢) الْمُنَاضَلَةُ: الْمُغَالَبَةُ فِي رَمْيِ السَّهَامِ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ. قَالَ الشَّاعِرُ [الطَّوِيلُ]:

أَلَا رُبَّ يَوْمٍ لَوْ رَمَتْنِي رَمِيَّتُهَا وَلَكِنْ عَهْدِي بِالنِّضَالِ قَرِيبُ

يَقَالُ: نَاضَلَ زَيْدٌ عَمْرَأً؛ أَي: رَامَاهُ (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ٩ / ٥٨٣)، وَانْظُرْ: (الْمَوْسُوعَةُ الْفَقْهِيَّةُ: ٢٤ / ١٣١).

(٣) عُقْبَةُ: هُوَ ابْنُ عَامِرِ الْجُهَنِيِّ. سَلَفَتْ تَرْجُمَتُهُ.

(٤) أَخْرَجَهُ: (مُسْلِمٌ: ١٩١٩).

البابُ الأوَّلُ في السَّبْقِ

وفيه طرفان

الأوَّل: في شروطه، وهي عَشْرَةٌ:

الأوَّل: أن يكون المعقودُ عليه عدَّةً للقتال؛ لأن المقصودَ منه التأهُّبُ للقتال، ولهذا قال الصَّيْمَرِيُّ^(١): لا يجوزُ السَّبْقُ والرميُّ من النساء؛ لأنهن لسنَّ أهلاً للحرب.

ثم الأصلُ في السَّبْقِ الخيلُ والإبلُ؛ لأنها التي يقاتلُ عليها غالباً، وتصلحُ للكرِّ والفرِّ بصفةِ الكَمالِ.

وتجوزُ المسابقةُ على الفيل، والبغلِ، والحمارِ على المذهب.

وقيل: بالمنع فيها.

وقيل: بالمنع في البغلِ والحمار.

وقيل: في الجميعِ خلافٌ.

وأما المناضلةُ فتجوزُ على السهامِ العربيَّةِ^(٢)، والعجميَّةِ، وهي الشَّابُّ، وعلى جميعِ أنواعِ القسيِّ، حتَّى تجوزَ على الرَّميِّ بالمسَلَّاتِ^(٣)، والإبرِ.

(١) هو أبو القاسم، عبد الواحد بن الحسين الصَّيْمَرِيُّ. سلفت ترجمته.

(٢) السَّهامُ العربيَّة: وهي النَّبَلُ (النجم الوهاج: ٩ / ٥٨٥).

(٣) المسَلَّات: المسَلَّة، بكسر الميم: مِخِيطٌ كبير (المصباح: س ل ل).

وفي المَرَاقِيقِ^(١)، والزَّانَاتِ^(٢)، ورُمي الحِجَارَةُ باليدِ، وبالمِقْلَاعِ، والمِنْجَنِيْقِ طريقان.

أحْذَهُمَا: الجَوَازُ.

والثَّانِي: وَجْهَانِ. أَصْحُهُمَا: الجَوَازُ.

ولا تجوز المسابقة بإشالة الحَجَرِ باليدِ على المذهب، وبه قطع الأكثرون.

وقيل: وَجْهَانِ.

وَأَمَّا مُرَامَةُ الْأَحْجَارِ [١١٨٧ / ١]، وهي أن يرمي كُلُّ وَاحِدٍ الْحَجَرَ إِلَى صَاحِبِهِ، فَبَاطِلَةٌ قَطْعاً^(٣).

وَأَمَّا الْمَسَابَقَةُ عَلَى التَّرْدُدِ بِالسِّيُوفِ وَالرِّمَاحِ، فَقِيلَ بِمَنْعِهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَفَارِقُ صَاحِبَهَا، وَالْأَصَحُّ^(٤) الْجَوَازُ، لِأَنَّهَا مِنْ أَعْظَمِ عُدَدِ الْقِتَالِ، وَاسْتَعْمَالُهَا يَحْتَاجُ إِلَى تَعَلُّمٍ وَتَحْذِقٍ.

وَالْمَسَابَقَةُ عَلَى الْحَمَامِ، وَغَيْرِهِ مِنَ الطُّيُورِ، وَعَلَى الْأَقْدَامِ، وَالسَّبَاحَةِ فِي الْمَاءِ، وَالطَّيَّارَاتِ^(٥)، وَالزَّوَارِقِ^(٦)،

(١) المَرَاقِيقُ: الرِّمَاحُ الصَّغَارُ (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ٩ / ٥٨٥)، وانظر: (المصباح: زرق)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٤٠٧).

(٢) في المطبوع: « الزَّانَات » تصحيف، قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٤٤): « الزَّانَات: هي بالزاي والنون، وهي نوعٌ من الحِرَابِ تكون مع الدِّلِيمِ، رأسُها دقيق، وحديدُها عريضة »، وانظر: (المصباح: زون)، و(المعجم الوسيط: ١ / ٤٢٣)، و(نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣١).

(٣) كلمة: « قَطْعاً »، ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « وَإِلَّا يَصِحُّ »، خطأ.

(٥) الطَّيَّارَات: ضربٌ من السفن. جاء في حاشية (سير أعلام النبلاء: ١٤ / ٥٣): « الطَّيَّارُ: نوعٌ من الزوارق، يدل اسمه على أنه سريعُ الجريان. قال جحظة البرمكي، يعاتبُ وزيراً:

قُلْ لِلْوَزِيرِ أَدَامَ اللَّهُ دَوْلَتَهُ اذْكَرْ مِنْ أَدَمْتِي وَالْخَبِزُ خَشْكَارُ
إِذْ لَيْسَ بِالْبَابِ بِرَدُّوْنَ لِدَوْلَتِكُمْ وَلَا غَلَامٌ وَلَا فِي الشَّطِّ طَيَّارُ

انظر: (تجارب الأمم: ١ / ٢٦٨)، وما كتبه أحمد تيمور في مجلة (المعجم العلمي العربي: م ٢ / ج ١١).

(٦) الزوارق: جمع زورق: القاربُ يدفع بالمجاديف، أو بالآلة (المعجم الوسيط: ١ / ٤٠٧).

والصِّراع^(١)، فجائزة بلا عوض، والأصْحُ منعها^(٢) بالعوض؛ فإن جَوَزْنَا الصِّراعَ؛ ففي المُشَابَكَةِ باليد، وجهان.

ولا تجوزُ على مُناطحة الشياهِ، ومُهاَرِشَةِ الدِّيكة، لا بعوضٍ، ولا بغيره.

فَرَعُ: لا يجوزُ عقدُ المسابقة على ما لا ينتفعُ به في الحرب، كاللَّعبِ بالشَّطرنج^(٣)، والخاتم، والصَّوْلَجَانِ^(٤)، ورَمي البُنْدُقِ^(٥)، والجُلَاهِقِ^(٦)، والوقوفِ على رِجْلٍ واحدةٍ، ومعرفة ما في اليد من شَفْعٍ ووترٍ، وسائر أنواع اللِّعَبِ.

وأما المَقْلُ في الماء^(٧)، فقال الشيخ إبراهيم^(٨) المَرْوُذِي^(٩): إن جرتِ العادةُ بالاستعانة به في الحرب، فهو كالسباحة، وإلَّا، فلا تجوزُ المسابقةُ عليه.

قلتُ: لا تجوزُ المسابقةُ على البَقَرِ على المذهب.

وقيل: وجهان، حكاه الدَّارِمِيُّ^(١٠)، قال: والذي تجوزُ المسابقةُ عليه من الخيل، قيل: ما يُسَهَّمُ له، وهو الجَدْعُ^(١١)، أو الثَّيْيُ^(١٢)، وقيل: وإن كان صغيراً.

قال: ولا تجوزُ على الكَلْبِ. والله أعلم.

(١) الصِّراع: بكسر الصاد: المصارعة (النجم الوهاج: ٩ / ٥٨٩).

(٢) في المطبوع: « منها »، خطأ.

(٣) الشَّطرنج: بكسر أوله وفتح، مُعْجَمٌ ومَهْمَلٌ (إعانة الطالبين: ٤ / ٥١٠)، وانظر: (المصباح: ش ط ر)، و (المعجم الوسيط: ١ / ٥٠٢)، و (النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥).

(٤) الصَّوْلَجَان: عَصاً مَحْنِيَّةُ الرَّأْس، تضربُ بها الكُرَّةُ - بضم الكاف وتخفيف الراء - على الدواب، فارسيٌّ معرَّب. انظر: (النجم الوهاج: ٩ / ٥٨٦)، و (المعجم الوسيط: ١ / ٥٣٩). و (النظم المستعذب: ١ / ٤١٤).

(٥) البندق: ما يُعْمَل من الطين، ويُرْمى به، الواحدة منها: بُنْدُقَةٌ، وجمع الجمع: البنادق (المصباح: ب د ق)، وانظر: (المعجم الوسيط: ١ / ٧٣).

(٦) الجُلَاهِق: بضم الجيم، وتخفيف اللام: البندقُ المعمول من الطين يرمى به عن القوس. انظر: (البيان للعمرائي: ٨ / ٢٦٠)، و (المصباح: ج ل ه)، و (النجم الوهاج: ٩ / ٥٨٦).

(٧) المقل في الماء: الغَطْسُ فيه. انظر: (المصباح: م ق ل)، و (النجم الوهاج: ٩ / ٥٨٦).

(٨) كلمة: « إبراهيم »، ساقطة من المطبوع.

(٩) في المطبوع: « المروزي »، تحريف.

(١٠) هو محمد بن عبد الواحد الدَّارِمِيُّ. سلفت ترجمته.

(١١) الجَدْع: من الخيل والبقر، ما استكمل سنتين، ودخل في الثالثة (المعجم الوسيط: ١ / ١١٧).

(١٢) الثَّيْيُ: الذي يلقي ثنيته، يكون من ذوات الظلف والحافر في السنة الثالثة (المصباح: ث ن ي).

الشرط الثاني: الإعلام، فيشترط إعلام الموقف الذي يبدآن بالجري منه، والغاية التي يجريان إليها، ويشترط تساوي المتسابقين فيهما، ولو لم يعيّنَا غايةً وشرطاً المال لأسبقهما حيث سبق، لم يجز.

ولو عيّنَا غايةً وشرطاً أنّ السبق إنّ اتفق في وسط الميدان لأحدهما كان فائزاً، لم يجز على الأصح؛ لأنّا لو اعتبرنا سبق في خلال الميدان لاعتبرناه بلا غاية معينة. ولو عيّنَا غايةً، وقالوا: إنّ اتفق السبق عندها فذاك، وإلّا عدينا إلى غاية أخرى اتفقا عليها، جاز على الأصح؛ لحصول الإعلام وكون كل واحد من الغائتين معلومة.

فزع: يشترط كون المال معلوم الجنس والقدر.

الشرط الثالث: أن يشترط للسابق كل المال، أو أكثره، فإذا تسابق اثنان، وبذل المال غيرهما؛ فإن شرطه للسابق منهما، فذاك، وإن شرطه للثاني، أو شرط له مثل الأول، لم يجز، وإن شرط للثاني أقل مما شرط للأول، جاز على الأصح.

وإن تسابق ثلاثة، وشرط باذل المال المال للأول، جاز، وإن شرطه للثاني، أو شرط له أكثر من الأول، لم يجز على الأصح، وقيل: يجوز؛ لأن ضبط الفرس في شدة عذوه ليقف في مقام الثاني يحتاج إلى حذق ومعرفة، وإن شرط له مثل ما شرط للأول، جاز على الأصح؛ لأن كل واحد يجتهد هنا أن يكون أولاً، وثانياً، وإن شرط له دون ما شرط للأول، جاز على الصحيح، ويُخرج من هذا الاختلاف في الثلاثة أربعة أوجه.

أحدها: يجوز أن يشترط الجميع للثاني.

والثاني: لا يجوز شرط شيء له.

والثالث: يجوز له شرط [شيء]^(١) بشرط تفضيل السابق.

والأصح: يجوز أن يشترط له بحيث لا يفضل على السابق.

وأما الفسكل، بكسر الفاء، والكاف، وإسكان [١١٨٧ / ب] السنين المهمة

بينهما، وهو الأخير، فلا يجوز أن يساوى بمن قبله، ويجوز أن يشترط له دون ما شرط لمن قبله على الأصح كما سبق في الاثنین. ويقاس بها ما إذا تسابق أكثر من ثلاثة، حتى لو كانوا عشرة، وشرط لكل واحد سوى الفسكِل مثل المشروط لمن قبله، جاز على الأصح، والأحب أن يكون المشروط لكل واحد دون المشروط لمن قبله، وفي شرط شيءٍ للفُسكِل الوجهان. ولو أهمل بعضهم؛ بأن شرط للأول عشرة، وللثالث تسعة، وللرابع ثمانية، فهل يجوز؟ وجهان.

أحدهما: لا؛ لأن الرابع، والثالث يفضلان من قبلهما.

والثاني: نعم، ويقام الثالث مقام الثاني، والرابع مقام الثالث، وكأن الثاني لم يكن.

وإذا بطل المشروط في حق بعضهم، ففي بطلانه في حق من بعده وجهان، وهذان الوجهان مع الوجهين في الإهمال مبنيان على أن من بطل السبق في حقه هل يستحق على البازل أجره المثل؟ وفيه خلاف، يأتي إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: لا، بطل العقد في حق من بعده؛ لئلا يفضل من سبقه، وإن قلنا: نعم، لم يبطل في حق من بعده، ولا يضركون المشروط له زائداً على أجره المثل؛ لأن الممتنع أن يفضل المسبوق السابق فيما يستحقانه بالعقد، وأجره المثل غير مستحق بالعقد.

واعلم: أن الصور المذكورة وضعوها فيما لو كان باذل المال غير المتسابقين، ويمكن فرضها، أو فرض بعضها فيما لو بذله أحدهما؛ بأن يتسابق اثنان، ويبذل أحدهما مالاً على أنه إن سبق دفع إلى الآخر منه كذا، وإن سبقه الآخر أمسك لنفسه منه كذا.

فزع: قال: من سبق فله كذا، فجاء المتسابقون معاً فلا شيء لهم.

ولو جاء اثنان فصاعداً معاً، وتأخر الباكون فالمشروط للأولين بالسوية.

ولو قال: من سبق، فله دينار، ومن جاء ثانياً، فله نصف دينار، فسبق واحد،

ثم جاء ثلاثة معاً، ثم الباكون، فللسابق دينار، وللثلاثة نصف.

وإن سبق واحد، ثم جاء الباكون، فله دينار، ولهم نصف، وإن جاء الجميع

معاً، فلا شيء لهم.

ولو قال: كل من سبق، فله دينار، فسبق ثلاثة، قال الداركي: لكل واحد منهم

دينار.

الشرط الرابع: أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مُحَلَّلٌ^(١)، وَمَالُ الْمَسَابِقَةِ قَدْ يُخْرِجُهُ الْمَتَسَابِقَانِ، أَوْ أَحَدُهُمَا، أَوْ غَيْرُهُمَا.

الحالة الأولى: أَنْ يُخْرِجَهُ غَيْرُهُمَا، فَيَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَخْرِجَ الْمَالَ مِنْ خَاصِّ نَفْسِهِ، وَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحْرِيطِ عَلَى تَعْلُمِ الْفُرُوسِيَّةِ، وَإِعْدَادِ أَسْبَابِ الْقِتَالِ، وَيَجُوزُ لِلوَاحِدِ مِنَ الرِّعِيَّةِ إِخْرَاجُهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَ مَالًا فِي طَاعَةِ وَيُثَابُ عَلَيْهِ إِذَا نَوَى، وَسَوَاءٌ تَسَابَقَ اثْنَانِ، أَوْ أَكْثَرُ، وَمَنْ سَبَقَ، أَخَذَ الْمَالَ.

الحالة الثانية: أَنْ يَخْرِجَهُ أَحَدُهُمَا، وَيَشْرَطُ أَنَّهُ إِنْ سَبَقَ أَحْرَزَهُ، وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْآخَرِ، وَإِنْ سَبَقَ الْآخَرُ، أَخَذَهُ، فَيَجُوزُ.

وَلَوْ تَسَابَقَ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ، وَأَخْرَجَهُ اثْنَانِ فَصَاعِدًا، وَشَرَطُوا أَنْ مَنْ سَبَقَ مِنَ الْمُخْرَجِينَ لَمْ يُحْرَزْ إِلَّا مَا أَخْرَجَهُ [١١٨٨ / أ] وَمَنْ سَبَقَ مِنْ غَيْرِهِمْ، أَخَذَ مَا أَخْرَجَهُ الْمُخْرَجُونَ، جَازَ أَيْضًا.

الثالثة: أَنْ يَخْرِجَهُ الْمَتَسَابِقَانِ، فَيَقُولُ كُلُّ وَاحِدٍ: إِنْ سَبَقْتُكَ، فَلِي عَلَيْكَ كَذَا، وَإِنْ سَبَقْتَنِي، فَلَكَ عَلَيَّ كَذَا، فَهَذَا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ صُورَةُ قِمَارٍ، إِلَّا أَنْ يَدْخُلَا بَيْنَهُمَا مُحَلَّلًا، وَهُوَ ثَالِثٌ يَشَارِكُهُمَا فِي الْمَسَابِقَةِ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَبَقَ أَخَذَ مَا شَرَطَاهُ، وَإِنْ سَبَقَ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، فَيَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ عَنْ صُورَةِ الْقِمَارِ.

ثُمَّ إِنْ شَرَطَا أَنْ يَخْتَصَّ الْمُحَلَّلُ بِالْإِسْتِحْقَاقِ، وَإِنْ سَبَقَ^(٢) كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَأْخُذُ إِلَّا مَا أَخْرَجَ، فَهَذَا جَائِزٌ بِالِاتِّفَاقِ.

وَإِنْ شَرَطَا أَنَّ الْمُحَلَّلَ يَأْخُذُ السَّبَقَيْنِ وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا أَحَدَهُمَا، جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ الْمَنْصُوصِ، وَمَنْعَهُ ابْنُ خَيْرَانَ، فَإِذَا قُلْنَا بِالْمَنْصُوصِ وَكَانَ الْمَتَسَابِقُونَ مِثَّةً مِثْلًا، وَلَيْسَ فِيهِمْ إِلَّا مُحَلَّلٌ وَاحِدٌ، وَشَرَطُ أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ مَا أَخْرَجُوهُ إِنْ سَبَقَ، وَلَا يَغْرَمُ إِنْ سَبَقَ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَتَسَابِقِينَ إِنْ سَبَقَ، غَنِمَ، وَإِنْ سَبَقَ، غَرِمَ، صَحَّ الْعَقْدُ وَالشَّرْطُ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا أَصْلُ آخِرٍ وَهُوَ أَنَّهُمَا إِذَا أَطْلَقَا شَرَطَ الْمَالِ لِلْسَابِقِ، فَهَلِ الْفَلْظُ

(١) الْمُحَلَّلُ: بِكَسْرِ اللَّامِ: مَنْ حَلَّلَ الشَّيْءَ: إِذَا جَعَلَهُ حَلَالًا (النجم الوهاج: ٩ / ٥٩٣).

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ زِيَادَةٌ: « أَحَدُهُمَا », إِقْحَامٌ، لَمْ تَرُدْ فِي الْأَصُولِ الْخَطِيئة.

للسابق المطلق، أم يتناول مَنْ سبقَ غيره، وإن كان مسبوقاً لغيره؟ فيه وجهان.

الصحيح: الأول. ويترتب على الأصلين الحكم في صور مجيء المتسابقين، فإذا تسابق اثنان ومُحلّل، نُظِرَ:

إن جاء المُحلّل، ثم أحدهما، ثم الفسِكِل، فللمحلّل ما أخرجه الآتي بعده بلا خلاف، وفيما أخرجه الفسِكِل ثلاثة أوجه.

أصحّها: أنه للمحلّل أيضاً؛ لأنه السابق المطلق.

والثاني: أنه له، وللآتي بعده؛ لأنهما سبقا الفسِكِل.

والثالث: هو للآتي بعده وحده.

ولو سبق المحلّل، ثم جاء معاً، فله السَّبَقان بلا خلاف.

ولو سبق المحلّل مع أحدهما، فالذي سبق مع المحلّل يحرز ما أخرجه، وأمّا ما أخرجه الآخر، فهو له، وللمحلّل على الصحيح المنصوص، وعند ابن خيران للمحلّل خاصّة.

ولو سبق أحدهما، ثم جاء الثاني مع المحلّل، أو جاء الثاني، ثم المُحلّل، أحرز السابق ما أخرجه، وله أيضاً ما أخرجه الآخر على المنصوص، وعند ابن خيران لا يأخذه، ولا شيء للمحلّل على المذهبين.

ولو سبق أحدهما، ثم جاء المحلّل، ثم الآخر، أحرز السابق ما أخرجه الآخر؛ فإن قلنا بالمنصوص، ففيه أوجه.

أصحّها: أنه للسابق أيضاً.

والثاني: أنه له، وللمحلّل معاً؛ لأنهما سبقا الآخر.

والثالث: أنه للمحلّل، وليس بشيء، وإن قلنا بقول ابن خيران، فهل هو للمحلّل، أم يحرزه مُخرِجُه، ولا يستحقّه المحلّل، ولا السابق؟ وجهان.

ولو سبق معاً، ثم جاء المُحلّل، أو جاء الثلاثة معاً، لم يأخذ واحد منهم من غيره شيئاً، ويجوز أن يُدْخِل بينهما مُحلّلين، وأكثر، فإذا تسابق اثنان ومُحلّلان، فسبق أحد المُحلّلين، ثم جاء أحد المتسابقين، ثم المحلّل الثاني، ثم المتسابق الثاني، فما أخرجه المتسابق الأول، فللمحلّل الأول، وأمّا ما أخرجه الآخر؛ فإن

قلنا بالمنصوص، فهو للمحلّل الأول أيضاً على الصحيح؛ لأنه السابق المطلق، وقيل: هو للمحلّلين والمتسابق الأول؛ لأنهم جميعاً سبقوا الثاني، وقياسُ [١١٨٨ / ب] الوجه الضعيف أنه للمحلّل الثاني، وإن قلنا بقول ابن خيران، فهو للمحلّل الأول، وقيل: للمحلّلين.

ولو جاء أولاً أحد المتسابقين، ثم أخذ المحلّلين، ثم المحلّل الثاني، أحرز الأول ما أخرجه، وأمّا ما أخرجه الآخر، فإن قلنا بالمنصوص، فهو للمتسابق الأول على الصحيح، وقيل: له وللمحلّل الأول، وعلى الوجه الضعيف: هو للمحلّل الأول، وعلى قول ابن خيران: هو للمحلّل الأول، لا غير.

الشرط الخامس: أن يكون سبق كل واحد منهما ممكناً؛ فإن كان فرس أحدهما، أو فرس المحلّل ضعيفاً يقطع بتخلّفه، أو فارهاً يقطع بتقدّمه، لم يجز، هكذا أطلق عامة الأصحاب.

وقال الإمام: إن أخرج أحدهما المال على أنه إن فاز، أحرز ما أخرجه، وإلا فهو لصاحبه، وكان صاحبه بحيث يقطع بأنه لا يسبق، فهذه مُسابقة بلا مال، وإن كان يقطع بأنه يسبق، ففي صحّة هذه المعاملة وجهان.

أصحّهما: الصحّة، وحاصلها إخراج مال لمن يقطع بأنه يسبقه، فأشبه ما لو قال لرجل: ازم كذا، فإن أصبت منه كذا، فلك هذا المال.

وإن أخرج كل واحد منهما مالاً، وأدخلا محلّلاً يعلم تخلّفه قطعاً، فلا فائدة في إدخاله، ويبقى العقد على صورة القمار، فيبطل، وإن تيقن سبقه، ففيه الوجهان.

وإن أخرجا المال، ولا محلّل، وأحدهما بحيث يقطع بسبقه، فالذي يسبق كالمحلّل؛ لأنه لا يستحق عليه شيء، وشرط المال من جهته لغو، وهذا التفصيل الذي ذكره الإمام حسن. ولو كان سبق أحدهما ممكناً على الثدور، ففي الاكتفاء به للصحّة وجهان.

أصحّهما وأقربهما إلى كلام الأصحاب: المنع، ولا اعتبار بالاحتمال النادر.

ويتعلّق بما نحن فيه اختلاف المركوبين؛ جنساً، ونوعاً، أمّا النوع فلا يضّر، فتجوز المسابقة بين فرس عربيّ وعجمي، وعربيّ وتركّي، وقال أبو إسحاق: إذا

تباعَدَ نوعانِ، كالعَتِيقِ^(١) والهَجِينِ^(٢) من الخيل، والنَّجِيبِ^(٣) والبُخْتِي^(٤) من الإبل، لم يَجْزُ، وينبغي أن يرجحَ هذا، وإن كان الأولُ أشهر؛ لأنه إذا تحقَّقَ التخلُّفُ فأَيُّ فرقٍ بين أن يكونَ لضعفٍ، أو لِرَدَاءَةِ نَوْعٍ؟

قلت: قولُ الأكثرينَ: تجوزُ بين العَتِيقِ والهَجِينِ، والنَّجِيبِ والبُخْتِي، محمولٌ على ما إذا لم يقطعْ بسبقِ العَتِيقِ والنَّجِيبِ، كما ذكرناه، فقول أبي إسحاقَ ضعيفٌ، إن لم يُردَّ به هذا؛ فإنَّ أَرَادَهُ، ارتفعَ الخلافُ. **والله أعلم.**

وأما إذا اختلفَ الجنسُ؛ فإنَّ كان كبعيرٍ وفَرَسٍ، أو فرسٍ وحِمَارٍ فالأصحُّ: المنعُ، وإنَّ كان بَعْلًا وحِمَارًا، وجَوَزْنَا المسابقةَ عليهما، فالأصحُّ: الصحةُ، وبه أجاب ابنُ الصَّبَّاحِ.

الشرطُ السادسُ: تعيينُ المركوبينَ، فإنَّ أحضرتِ الأفراسُ، وعقدَ على عينها، فذاك، وإنَّ وصِفَتْ وعقدَ على الوصفِ، فهل تصحُّ؟ وجهان.

أصحُّهما: نعم، وبه قال العراقيُّونَ، قال الإمامُ: وهو الأوجهُ، كما قام الوصفُ في السَّلَمِ والرِّبَا^(٥) مقامَ الإحضارِ، ونقل الإمامُ عن العراقيين أنه إذا جرتِ المسابقةُ مُطلقةً، كان كجريانِ المُنَاضِلَةِ [١١٨٩ / ١] مطلقةً، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - أنها على ماذا تحملُ.

وإذا تعلقَ العقدُ بعينِ فرسٍ، لم يَجْزُ إيدأُهُ، فإنَّ هَلَكَ، انفسخَ العقدُ، وإذا عقدَ على الوصفِ، ثم أحضرَ فرس، فينبغي أن لا ينفسخَ العقدُ بهلاكه.

الشرطُ السابعُ: أن يستبقا^(٦) على الدابتين، فلو شرطَا إرسالهما ليَجْريا

(١) العتيق: سلف في آخر كتاب قسم الفيء والغنيمة أن العتيق من الخيل: هو الذي أبواه عربيان.

(٢) الهجين: سلف في آخر كتاب قسم الفيء والغنيمة أن الهجين من الخيل: هو الذي أبوه عربيٌّ وأمه أعجمية.

(٣) النجيب: من الإبل: القويُّ منها، الخفيف السريع (نهاية ابن الأثير: نجب)، وانظر: (النظم المستعذب: ١ / ٤١٥).

(٤) البُخْتِي: جنسٌ من الإبل، بطيء الجري. قيل: لاشقة له إذا هدر (النظم المستعذب: ١ / ٤١٤)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٤ - ٣٥)، و(نهاية ابن الأثير: بخت).

(٥) في المطبوع: «والزُّنَى»، تصحيف، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٨٧).

(٦) في (ظ)، والمطبوع: «يسبقا»، المثبت من (أ، س).

بأنفسهما، فالعقد باطل؛ لأنها تنفّر، ولا تقصد الغاية، بخلاف الطيور إذا جوّزنا المسابقة عليها؛ لأن لها هداية إلى الغاية.

الشرط الثامن: أن تكون المسافة بحيث يمكن للفرسين قطعها ولا ينقطعان، فإن كانت بحيث لا يصلان غايتها إلا بانقطاع وتعَب، فالعقد باطل.

الشرط التاسع: أن يكون المال المشروط معلوماً، ويجوز أن يكون عيناً، وديناراً، وبعضه عيناً، وبعضه ديناراً، وحالاً ومؤجلاً، فلو شرطاً مالاً مجهولاً؛ بأن قال: أعطيك ما شئت، أو شئت، أو شرط ديناراً، أو ثوباً ولم يصف الثوب، أو ديناراً إلا ثوباً، فالعقد باطل، وكذا لو شرط ديناراً إلا درهماً إلا أن يريد قدر الدرهم، وعرفا قيمة الدينار بالدرهم.

ولو قال: إن سبقتني، فلك هذه العشرة، وترد ثوباً، فالعقد باطل؛ لأنه شرط عوض على^(١) السابق، وهو خلاف مقتضاه.

ولو تسابقا على عوض كان في الذمة، فوجهان؛ بناء على جواز الاعتياض عنه. ولو أخرج المال غيرهما، جاز أن يشترط لأحدهما أكثر من الآخر، وإن أخرجاه جاز أن يخرج أحدهما أكثر، وقال الصيمري، والماوردي: إذا أخرجاه وجب التساوي؛ جنساً، ونوعاً، وقدرًا.

الشرط العاشر: اجتناب الشروط المفسدة، فلو قال: إن سبقتني، فلك هذا الدينار، ولا أرمي بعد هذا، أو لا أناضلك إلى شهر، بطل العقد، نص عليه.

ولو شرط على السابق أن يطعم السبق^(٢) أصحابه، بطل العقد على الصحيح، وقال أبو إسحاق: يصح، وقبوله الإطعام وعدّ، إن شاء وفي به، وإن شاء لم يف.

قلت: وفي «التنبيه» وجهان آخران.

أحدهما: يفسد المسمى، ويجب عوض المثل.

والثاني: يصح العقد، ولا عوض. والله أعلم.

(١) في المطبوع: «عن».

(٢) السبق: بفتح السين والباء: ما يجعل للسابق على سببه من جعل ونوال (تهذيب الأسماء واللغات:

فصل: الأشياء التي ذكر الأصحاب اعتبار السبق بها ثلاثة.

أحدها: الكتد؛ بفتح التاء وكسرهما، والفتح أشهر، وهو مجتمع^(١) الكتفين^(٢) بين أصل العنق، والظهر^(٣).

الثاني: الأقدام، وهي القوائم.

الثالث: الهادي، وهو العنق، ونقل الإمام^(٤) اختلاف وجه، أو قول في أن الاعتبار بالهادي، أم بموضع الأقدام والكتد؟ ورأى الثاني أقيس^(٥)، والذي يوجد لعامة الأصحاب في كتبهم؛ أن الاعتبار في الإبل بالكتد، وفي الخيل بالهادي؛ لأن الإبل ترفع أعناقها في العدو، فلا يمكن اعتبارها، والخيل تمدّها.

قالوا: فإذا استوى الفرسان في خلقة العنق، طولاً وقصراً، فالذي تقدّم بالعنق، أو بعضه هو السابق، وإن اختلفا؛ فإن تقدّم أقصرهما عنقاً، فهو السابق، وإن تقدّم الآخر، نُظِرَ:

إن تقدّم بقدر زيادة الخلقة فما دونها، فليس بسابق، وإن تقدّم بأكثر، فسابق، وحكيث [١١٨٩ / ب] أوجه آخر ضعيفة.

أحدها: أن عند اختلاف خلقة العنق يعتبر في الخيل الكتد، حكي عن أبي إسحاق، ورجّحه الرؤياني.

والثاني: أن عند اختلاف الخلقة إذا سبق أطولهما عنقاً ببعض عنقه، وكتدّهما سواء، كان سابقاً.

والثالث: أنه إن كان في جنس الخيل ما يرفع الرأس عند العدو، اعتبر فيه الكتد، كما في الإبل.

(١) في (ظ، أ)، والمطبوع: «مجمع»، المثبت من (س)، موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٨٧).

(٢) في المطبوع: «الكتفين»، خطأ.

(٣) وهو من الخيل مكان السنام من البقر (النظم المستعذب: ١ / ٤١٧).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٤٩).

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٠).

والرابع: أَنَّ التَّقَدُّمَ بَأَيِّهِمَا حَصَلَ ، حَصَلَ السَّبْقُ .

وعلى هذا: لو تقدَّم أحدهما بأحدهما، والآخرُ بالآخر، فلا سَبَقَ .

والخامس، حكاه ابنُ القَطَّانِ: لا يعتبرُ هذا ولا ذاك؛ بل يعتبرُ عُرْفُ الناسِ، وما يَعُدُّونه سَبَقاً .

والسادس: المعتبرُ تَقَدُّمُ الأُذُنِ .

والسابعُ: المعتبرُ ما شرطاه مِنَ الكِتْدِ ، أو الهادي .

قلتُ: هذا السابعُ ضعيفٌ؛ لأنَّ المسألةَ فيما إذا أطلقا . **وَاللَّهُ أَعْلَمُ .**

فهذا هو الكلامُ في الهادي والكِتْدِ، أمَّا الكِتْدُ مع القَدَمِ، فقد قَرَنَ بينهما قارِنونَ، وأقام أحدهما مَقَامَ الآخرِ آخَرُونَ، وأشار الفريقانِ إلى أَنَّهُ لا فَرْقَ في الاعتبارِ بهما، ولا خلافٌ؛ لأنهما قريبانِ من التحاذي، لكن بينهما مع التَّقَارُبِ^(١) تفاوتٌ، ولا يبعدُ أَنْ يجعلَ اعتبارَ القَدَمِ وراءَ اعتبارِ الكِتْدِ والهادي .

وقال صاحب « الحاوي »: لو اعتبرَ السبقَ بالقَدَمِ، فأيهما تقدَّمت يدها، فهو السابقُ؛ لأنَّ السعيَ بهما، والعَجْرِيَّ عليهما، لكن الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ اعتبرَ الهادي والكِتْدَ، وأمَّا قولُ الغزالي: الاعتمادُ على القدمِ، فخلافاً للجمهور . ثم قال الشيخ أبو محمد: الخلافُ في أَنَّ السبقَ بماذا يعتبرُ؟ مخصوصٌ بآخرِ المَيْدانِ، فأما في أوَّلِهِ، فيعتبرُ التساوي في الأقدام قطعاً .

فُرُوعٌ: تَتَعَلَّقُ بِالسَّبْقِ

لو سبقَ أحدهما في وسطِ المَيْدانِ، والآخرُ في آخرِهِ، فالسابقُ الثاني .

ولو عَثَرَ أَحَدُ الفَرَسَيْنِ، أو سَاخَتْ قَوَائِمُهُ فِي الأَرْضِ^(٢) فتقدَّم الآخرُ، لم يكن سابقاً . وكذا لو وَقَفَ بعد ما جرى، لمرضٍ ونحوِهِ؛ فَإِنْ وَقَفَ بلا عِلَّةٍ، فهو مسبوقٌ، ولو وَقَفَ قبل أَنْ يجري، فليس بمسبوقٍ، سواء وَقَفَ لمرضٍ، أو لغيرِهِ .

ولو تسابقا على أَنَّ مَنْ سَبَقَ منهما بأقدامٍ معلومةٍ على موضعٍ كذا، فله السَّبْقُ،

(١) في الأصول الخطية، والمطبوع: « التفاوت »، المثبت من (فتح العزيز: ١٢ / ١٨٨) .

(٢) ساخت قوائمه في الأرض: أي: نزلت فيها من رخوتها (النظم المستعذب: ١ / ٤١٧) .

جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَالْغَايَةُ فِي الْحَقِيقَةِ نَهَايَةُ الْأَقْدَامِ مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ ، لَكِنَّهُ شَرْطٌ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ تَخْلُفَ الْآخِرِ عَنْهَا بِالْقَدْرِ الْمَذْكُورِ .

فَرَعٌ: لِيَجْرِيََا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، وَيَسْتَحْبُّ أَنْ تَكُونَ فِي الْغَايَةِ قَصَبَةً مَغْرُوزَةً ، لِيَقْطَعَهَا السَّابِقُ ، فَيُظْهِرُ لِكُلِّ أَحَدٍ تَقَدُّمَهُ^(١) .

الطرف الثاني: في أحكامه

وفيه قاعدتان :

إحدهما: هل عقدُ المُسَابَقَةِ لازِمٌ كالْإِجَارَةِ ، أَمْ جَائِزٌ كَالْجِعَالَةِ ؟ قَوْلَانِ .

أظهرهما: الأولُ . ثم قِيلَ : الْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا أَخْرَجَا الْعِوَضَ جَمِيعاً ، أَمَّا إِذَا أَخْرَجَهُ أَحَدُهُمَا ، أَوْ غَيْرُهُمَا ، فَجَائِزٌ قِطْعاً ، وَالْمَذْهَبُ : طَرُدُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ ، وَالْأَثَمَةُ : الْقَوْلَانِ فِيمَنْ التَزَمَ الْمَالُ ، فَأَمَّا مَنْ لَمْ يَلْتَزَمْ شَيْئاً ، فَجَائِزٌ فِي حَقِّهِ قِطْعاً ، وَقَدْ يَكُونُ الْعَقْدُ جَائِزاً مِنْ جَانِبٍ ، لَازِماً مِنْ جَانِبٍ ، كَالرَّهْنِ وَالكِتَابَةِ .

وقيل بطردهما فيمن لم يلتزم ؛ لأنه قد يقصدُ بمعاقَدته تعلُّمَ الفُروسِيَّةِ والرَّمِيِّ ، فَيَكُونُ كَالْأَجِيرِ ، وَالْمَذْهَبُ يَخْصُصُهُمَا بِالْمِلْتَزَمِ [١١٩٠ / ١] فَإِنْ قُلْنَا بِالْجَوَازِ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ تَرْكُ الْعَمَلِ قَبْلَ الشَّرْعِ فِيهِ ، وَكَذَا بَعْدَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِأَحَدِهِمَا فَضْلٌ عَلَى الْآخَرِ ، وَكَذَا إِنْ كَانَ عَلَى الْأَصَحِّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ جَائِزٍ ، وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ : تَجُوزُ الزِّيَادَةُ وَالنَّقْصُ فِي الْعَمَلِ ، وَفِي الْمَالِ بِالْتَرَاضِي .

وَإِذَا بَدَلَ أَحَدُهُمَا الْمَالَ ، لَا يَشْرُطُ مِنْ صَاحِبِهِ الْقَبُولُ عَلَى الصَّحِيحِ .

قال الإمام^(٢) : وَأَجْرِي الْأَصْحَابُ هَٰذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فِي الْجِعَالَةِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِمَعْيْنٍ ؛ بَأَنْ يَقُولَ : إِنْ رَدَدْتُ^(٣) عَبْدِي فَلَكَ كَذَا .

وفي ضمان السبقِ قَبْلَ تِمَامِ الْعَمَلِ وَالرَّهْنِ بِهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فِي ضَمَانِ الْجُعْلِ وَالرَّهْنِ بِهِ قَبْلَ تِمَامِ الْعَمَلِ .

(١) في المطبوع : « بقدمة » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ١٨٩) .

(٢) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٢٤٤) .

(٣) في المطبوع : « أردت » ، تحريف .

وقيل: إن لم يصحَّ الضمان، لم يصحَّ الرهن، وإلا فوجهان؛ لأنَّ الضمان أوسعُ باباً، ولذلك يجوزُ ضمانُ الدَّركِ^(١) دون الرُّهنِ به.

وأما إذا قلنا باللزوم، فليس لأحدهما فسخُ العقدِ دون الآخر، فإنَّ ظهرَ بالعوضِ المعينِ عيبٌ، ثبتَ حقُّ الفسخ، وليس لأحدهما أن يترك العملَ إن كان مفضولاً، أو فاضلاً، وأمكن أن يدركه صاحبه ويسبقه، وإلاَّ فله الترك؛ لأنه ترك حقَّ نفسه.

ولا يجوزُ لهما الزيادةُ في العملِ والمالِ، ولا النقصُ منه، إلاَّ أن يفسخا العقدَ الأول، ويستأنفا عقداً.

وإذا سبقَ أحدهما اشتراطُ قبُول الآخر بالقول، ولا يكلفُ المُسَيِّقُ^(٢) البداءةَ بتسليم المالِ على المذهب بخلاف الأجرة؛ لأنَّ في المسابقة خطراً، فيبدأ بالعمل، ويجوزُ ضمانُ السبقِ والرهن به على هذا القول على المذهب.

وقال القفال: قولان، كضمان ما لم يجب، وجري سبب وجوبه، فأما بعد الفراغ من العمل فيجوزُ ضمانُ السبقِ والرهن به على القولين.

وإن كان السَّبْقُ عيناً، لزم المُسَيِّقُ تسليمها، فإن امتنع، أجبره الحاكم، وحبسه عليه، ولو تلفت في يده بعد الفراغ من العمل، لزمه الضمانُ كالبيع إذا تلفت في يده قبل التسليم، ولو تلفت في يده قبل العمل، انفسخ العقد.

ولو غاب لمرضٍ ونحوه، لم^(٣) يفسخ العقد؛ بل ينتظر زواله.

فَرَعٌ: اشترى ثوباً، وعقدَ المسابقةَ بعشرة، إن قلنا: المسابقة لازمة، فهو جمعُ بيعٍ وإجارة في صفقة، وفي صحته قولان، وإن قلنا: جائزة، لم يصحَّ قطعاً؛ لأنه جمع بين جعالة لا تلزم، وبيع يلزم في صفقة، وذلك ممتنع.

القاعدةُ الثانيةُ: إذا فسدت المسابقة، وركضَ المتسابقان، وسبقَ مَنْ لو

(١) ضمانُ الدَّركِ: بفتح الدال، وفتح الراء وإسكانها. قال الجوهري: الدَّركُ: التبعة، وقال أبو سَعْدٍ المتولِّي: سُمِّيَ ضمانُ الدَّركِ؛ لالتزامه الغرامة عند إدراكِ المستحقِّ عين ماله (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٨٧).

(٢) المُسَيِّقُ: سيأتي بعد قليل أنه مُخْرِجُ السَّبْقِ.

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « فلم ».

صَحَّتْ، اسْتَحَقَّ السَّبْقَ، فالمذهبُ أنه يستحقُّ أَجْرَةَ المِثْلِ، وبه قطع الأكثرونَ، كالإجارة، والقِرَاضِ الفاسدينَ.

وقيل: لا يستحقُّ شيئاً؛ لأنه لم يعملْ لغيره شيئاً، وفائدةُ عَمَلِهِ تَعُودُ إِلَيْهِ، بخلافِ الإجارةِ والجَعَالَةِ الفاسدتينَ.

وقيل: إِنْ كَانَ الفسادُ لِحَلِّ فِي العَوَضِ وَأَمَكَنَ تَقْوِيمُهُ؛ بَأَنَّ كَانَ مَغْصُوباً، وَجَبَتْ قِيَمَتُهُ، وَإِذَا قُلْنَا بِالمذهبِ؛ ففِي كَيْفِيَّةِ اعتِبارِ أَجْرَةِ المِثْلِ وَجْهَانِ.

قال ابنُ سَلَمَةَ: هِيَ أَجْرَةُ مِثْلِ الزَّمَنِ الَّذِي اشْتَغَلَ بِالرَّمِيِّ فِيهِ.

وَأَصْحُهُمَا، قَوْلُ أَبِي إِسْحَاقَ: يَجِبُ مَا يَتَسَابَقُ بِمِثْلِهِ فِي مِثْلِ تِلْكَ المَسَابَقَةِ^(١) غَالِباً.



(١) فِي أَصْلِ (ظ)، وَفِي (أ): «المسافة».

الباب الثاني

في الرَّمي [١١٩٠ / ب]

فيه طرفان.

الأول: في شروطه، وهي ستة:

أحدها: المَحْلَلُ، فمالُ المُنَاضِلَةِ^(١) على نحو ما ذكرنا في المسابقة^(٢)، وهو أن يخرجَهُ غيرُ المتناضِلين، أو أحدهما، أو كلاهما.

وصورة القسم الأول: أَنْ يَقُولَ الإمامُ، أو أَجْنَبِيٌّ: ازْمِيَا عَشْرَةَ، فَمَنْ أَصَابَ مِنْهَا كَذَا، فَلَهُ كَذَا.

وصورة القسم الثاني: أَنْ يَقُولَ أَحدهما: نرْمِي كَذَا، فَإِنْ أَصَبْتَ أَنْتَ مِنْهَا كَذَا، فَلَكَ عَلَيَّ كَذَا، وَإِنْ أَصَبْتُهَا أَنَا، فَلَا شَيْءَ لَأَحَدِنَا عَلَى صَاحِبِهِ.

وصورة الثالث: أَنْ يَشْرَطَ كُلُّ وَاحِدٍ المَالَ عَلَى صَاحِبِهِ إِنْ أَصَابَ، وَهَذَا الثالث لا يجوزُ إِلَّا بِمَحْلَلٍ مَعَهُمَا، كَمَا سَبَقَ.

وكما تجوزُ المُنَاضِلَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، تَجُوزُ بَيْنَ حَزْبَيْنِ^(٣)، كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَحِينَئِذٍ، فَكُلُّ حِزْبٍ كَشَخْصٍ؛ فَإِنْ أَخْرَجَ المَالَ أَحَدُ الحَزْبَيْنِ أو أَجْنَبِيٌّ، جَازَ، وَإِنْ أَخْرَجَاهُ اشْتَرَطَ مُحْلَلٌ، إِمَّا وَاحِدٌ، وَإِمَّا حِزْبٌ.

(١) المناضلة: المُغَالَبَةُ فِي رَمِي السِّهَامِ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ (النجم الوهاج: ٩ / ٥٨٣).

(٢) في (س): « المناضلة ».

(٣) حَزْبَيْنِ: الحِزْبُ: الجَمَاعَةُ، وَتَحْزَبُوا، أَي: تَجَمَّعُوا (النظم المستعذب: ١ / ٤٢٠).

ولو أخرجه الحزبان، وشرطوا لواحدٍ مِنْ أَحَدِ الحزَيْنِ؛ إِنْ كَانَ الفوزُ لحزبه، شاركهم في أخذِ المالِ، وإِنْ كَانَ للحزبِ الآخرُ، فلا شيءَ على ذلك الواحدِ إنما يغرمُ أصحابه، أو اشتمل كُلُّ حزبٍ على مُحلِّلٍ على هذه الصورة، فثلاثةٌ أَوْجُهٍ. أصحُّها: لا يجوزُ؛ لأنَّ المحلِّلَ مَنْ إذا فاز، استبدَّ بالمالِ، وهذا يشارك أصحابه.

والثاني: الصحة.

والثالثُ: يصحُّ في الصورة الثانية دون الأولى.

ولو شرطَ كُلُّ حزبٍ كُلَّ المالِ لمحلِّلهم، بطلَ قطعاً؛ لأنه يكونُ فائزاً لغيره.

الشرط الثاني: اتحادُ الجنس؛ فَإِنْ اختلفَ، كالسَّهَامِ مع المَزَارِيقِ^(١)، لم يصحَّ على الأصحِّ.

ولو اختلفت أنواعُ القسيِّ والسَّهَامِ، جازَ قطعاً، كقسيِّ عربيَّةٍ مع فارسيَّةٍ، ودُودَانِيَّةٍ^(٢)، وتنسبُ إلى دُودَانَ^(٣)، قبيلةٌ من بني أسدٍ، مع هِنْدِيَّةٍ، وكالنَّبْلِ، وهو ما يرمى به عن القوس العربيَّة، مع النَّشَابِ، وهو ما يُرمى به عن الفارسيَّة.

ومن أنواع القسيِّ: الحُسْبَانُ^(٤)، وهي قوسٌ تجمعُ سهامها الصغارُ في قَصَبَةٍ، ويُرمى بها، فتتفرَّقُ على الناسِ، ويعظمُ أثرُها ونكايتُها.

وحكى صاحب «التقريب»^(٥) وجهاً: أنه لا تجوزُ المُنَاضَلَةُ بالنَّبْلِ مع النَّشَابِ؛ كالخيلِ والبغالِ، والصحيحُ: الأولُ؛ لأنَّا قدَّمنا أنَّ اختلافَ أنواعِ الإِبِلِ، والخيلِ لا يضرُّ، فهذا أولى.

(١) المزاريق: المِزراق: رمح قصير أخفُّ من العَنَزَةِ (المصباح: ز ر ق).

(٢) في الأصول الخطية، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ١٩٥): «ودورانية»، تحريف. وانظر التعليق التالي.

(٣) في الأصول الخطية والمطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ١٩٥): «دوران»، تحريف. قال ياقوت في (معجم البلدان: ٢ / ٤٨٠): «دُودَان، بدالين مهملتين، الأولى مضمومة: قبيلة من بني أسد، وهو دُودَان بن أسد بن خُزيمة». وزاد الفيومي في المصباح فقال: «وإليهم تنسبُ القسيُّ على لفظها، فيقال: دُودَانِيَّةٌ»، وانظر: (اللسان: دود).

(٤) الحُسْبَان: بالضم (المصباح: ح س ب).

(٥) صاحبُ التقريب: هو أبو الحسن، القاسم بن القفال الشاشي الكبير.

ثم إن عَيْنًا في عقدِ المُنَاضِلة نوعاً من الطرفين أو أحدهما، وَقَيَّا به، ولا يجوزُ العدولُ عن المعينِ إلى ما هو أجودُ منه؛ بَأَن عَيْنَا القوسِ العربيَّة، فلا يجوزُ العدولُ إلى الفارسيَّة، ولو عدلَ إلى ما دونَه، لم يَجْزُ أيضاً على الأصحِّ إلَّا برضا صاحبه؛ لأنَّه ربَّما كان استعمالُهُ لأحدهما أكثرَ، ورميُّه به أجودَ، ولو عَيْنَا سهماً، أو قوساً، لم يتعيَّن، وجازَ إبدالُهُ بمثله من ذلك النوع، سواء حدثَ فيه خللٌ يمنعُ استعمالَه، أم لا، بخلاف الفرسِ، فلو شرطَ أن لا يبدلَ، فسَدَ الشرطُ على الأصحِّ؛ لأنَّ الرامي قد تعرَّضَ له أحوالٌ خفيَّةٌ تُخَوِّجُهُ إلى الإبدالِ، وفي منعه من الإبدالِ تضيقٌ، لا فائدة فيه، وقيل: يصحُّ الشرطُ، فإن أفسدنا الشرطَ، فسَدَ العقدُ على الأصحِّ. ويجري الوجهانِ في كُلِّ ما لو طرحَ من أصله، لاستقلَّ العقدُ بإطلاقه [١١٩١ / أ]، فأما ما لا يستقلُّ العقدُ بإطلاقه لو طرحَ، كإهمالِ ذكرِ الغاية في المسابقة، وصفة الإصابة في المُنَاضِلة، فإذا فسَدَ، فسَدَ العقدُ بلا خلاف، فإنَّ صَحَّحنا هذا الشرطَ، لزمَ الوفاءُ به ما لم ينكسرِ المعينُ، ويتعذَّرَ استعمالُهُ؛ فإنَّ انكسَرَ، جازَ الإبدالُ للضرورة، فإنَّ شرطَ أن لا يبدلَ وإنَّ انكسَرَ، فسَدَ العقدُ قطعاً.

ولو أطلقا المناضلة، ولم يتعرَّضا لنوع، فثلاثة أوجوه.

الصحيحُ وقولُ الأكثرين: الصَّحَّة؛ لأن الاعتمادَ على الرامي.

والثاني: المَنع؛ لاختلافِ الأغراضِ، وتفاوتِ الحَذَقِ في استعمالِها.

والثالث: إنَّ غلبَ نوعٌ في الموضع الذي يتراَمون فيه، صحَّ، ونزلَ عليه، وإلَّا فباطل، فإن قلنا: يصحُّ، فتراضياً على نوع، فذاك، وإنَّ تراضياً على نوع من جانب، ونوعٍ آخرَ من الجانب الآخرِ، جازَ أيضاً على الأصحِّ كما في الابتداء.

ولو اختارَ أحدهما نوعاً، وقال الآخرُ: بل ترمي^(١) بنوعٍ آخرَ وأصرَّ على المُنَازعة، فسَحَ العقدُ على الأصحِّ، وقيل: ينفسخُ.

فَرَعٌ: قال الإمام^(٢): اختلافُ السَّهَامِ، وإن اتحدَ نوعُ القوسِ، كاختلافِ نوعِ

(١) في المطبوع: «يرمي»، وفي الأصول الخطية وردت هذه الكلمة بدون إعجام، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٩٧).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٦٥).

الفرس، وبيانُهُ: أَنَّ الرميَّ بِنِيَالِ الحُسْبَانِ التي يقالُ لها: النَّاوكُ^(١) إنما يكونُ بالقوسِ الفارسيَّةِ؛ لكنَّها مع الآلةِ المتصلةِ بها كنوعٍ آخَرَ من القوسِ، وكذا قَوْسُ^(٢) الجَرْخِ^(٣) مع قوسِ اليدِ، والجَرْخُ والنَّاوكُ^(٤) مختلفانِ.

الشرطُ الثالثُ: أَنَّ تكونَ الإصابةُ المشروطةُ ممكنةً، لا ممتنعةً ولا مُتيقنةً، فإنَّ شرطَ ما يتوقَّعُ إصابته، صَحَّ، وإنَّ شرطَ ما هو ممتنعٌ في العادة، بَطَلَ العقدُ، والامتناعُ قد يكونُ، لشدةِ صِغَرِ الغَرَضِ^(٥)، أو بُعْدِ المسافةِ، أو كثرةِ الإصابةِ المشروطةِ؛ كإصابةِ مئةٍ، أو عَشْرَةٍ متواليةٍ، وفي العَشْرَةِ وجهٌ ضعيفٌ.

وإنَّ شرطَ ما هو متيقَّنٌ في العادة، كإصابةِ الحاذِقِ واحداً من مئةٍ، ففي صحَّةِ العقدِ وجهان.

وجهُ المنعِ: أَنَّ هذا العقدَ ينبغي أَنْ يكونَ فيه خَطَرٌ، ليتأنقِ الرامي في الإصابةِ^(٦).

قلتُ: أصحهما^(٧)^(٨).

(١) في (ظ، س)، والمطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ١٩٧): « الناول »، المثبت من (أ) موافق لما في نسخة من (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣). وجاء في مطبوع (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣، ٢٧٢): « النَّازِكُ » بدل: « النَّاوكُ ». قال الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في تعليقه على (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣): « النَّازِكُ: النيزك، وهو الرمح القصير، فارسيٌّ معرَّبٌ، وتكلم به الفُصحاء في الجاهلية (اللسان، والمصباح، والمعجم) وهي في نسخة: (ق): « الناول »، وهو أيضاً بنفس المعنى، واستعمله الغزالي في الوسيط ».

(٢) في المطبوع: « القوس ».

(٣) قال الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في تعليقه على (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٣٣): « الجُروخ: من أدوات الحرب، ترمى عنها السهام، والحجارة، مشتقة من جرخ، ومعناها: الفلك، وتطلق على جميع الآلات التي تدور، كالذلولاب والبكرة، وغيرهما، ومنها جرخ بالكرديَّة والتركية. انظر: معجم الألفاظ الفارسية المعرَّبة ».

(٤) الناول: سلف تفسيرها في التعليق رقم (١). وجاء في المطبوع: « الناول »، تحريف.

(٥) الغَرَضُ: هو الذي يُنصَبُ ليرمى إليه، من خشبٍ، أو جِلْدٍ، أو قرطاس. انظر: (النظم المستعذب: ١ / ٤١٨)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣١٦)، و(المصباح: غ ر ض).

(٦) أي: ليُحكمها.

(٧) قوله: « قلتُ: أصحهما » ليس في (أ).

(٨) بياض في (ظ، س)، وجاء في هامش (ظ): « كذا نقل عن خط المصنف »، وجاء في هامش (س): « كذا بخط المصنف ».

ولو شرط ما يمكنُ حصولُهُ نادراً، فوجهان، ويقال: قولان.

أحدهما: الصَّحَّةُ للإمكان، وحصولُ الحَذَقِ.

وأصحُّهما: الفسادُ؛ لبعْدِ حصولِ المقصودِ، ويجري الخلافُ في كل صورة تَنذُرُ فيها الإصابةُ المشروطةُ.

فمنها: التناضُلُ إلى مسافةٍ تَنذُرُ فيها الإصابةُ، والتناضُلُ في الليلة المظلمة، وإن كان الغَرَضُ قد يترأى لهما، ويقربُ مِنْ هذا ما ذكره الأصحاب: أَنَّ المتناضِلِينَ ينبغي أَنْ يتقاربا في الحَذَقِ بحيثُ يحتملُ أَنْ يكونَ كُلُّ واحدٍ فاضِلاً ومفضولاً؛ فَإِنْ تفاوتا، وكان أحدهما مُصِيباً في أكثر رميهِ، والآخَرُ يخطئُ في أكثرِهِ، فوجهان. ويتعلَّقُ بهذا الشرطُ أَنَّ المحلَّ بين المتناضِلِينَ ينبغي أَنْ يكونَ بحيثُ يمكنُ فوزهُ وقصورُهُ؛ فَإِنْ علِمَ قصوره، فوجودُهُ كعدمِهِ، وإن علِمَ فوزه، فعلى الوجهين في إصابة واحدٍ من مئة.

الشرطُ الرابعُ: الإعلامُ، فيشترطُ في المُنَاضِلةِ العلمُ بأمورٍ؛ لاختلافِ الغَرَضِ باختلافها.

منها: المالُ المشروطُ على ما ذكرنا في المسابقة.

ومنها: عَدَدُ الإصابة، كخمسَةٍ من عشرين، وَلِيُبَيِّنَا صِفَةَ الإصابة؛ من القَرَعِ^(١): وهو الإصابةُ [١١٩١ / ب] المجردة^(٢)، والخَزَقِ^(٣): وهو أَنْ يثقبَ الغَرَضُ، ولا يَثْبُتَ فيه، والخَسَقِ: وهو أَنْ يثبَتَ فيه، والخَرَمِ: وهو أَنْ يصيبَ طرفَ الغَرَضِ فيخرِمَهُ، والمَرَقِ: وهو أَنْ يَثْقُبَهُ، ويخرجَ من الجانب الآخر.

ثم كُتِبَ كثيرٌ من الأصحاب منهم العراقيون مصرَّحةً بأنه لا بُدَّ من ذكرٍ ما يريدان من هذه الصفاتِ سوى الخَرَمِ، والمَرَقِ؛ فإنهم لم يشرطوا التَّعَرُّضَ لهما.

والأصحُّ ما ذكره البغويُّ: أنه لا يشترطُ التَّعَرُّضُ لشيءٍ منها، كالخَرَمِ، والمَرَقِ، وكإصابة أعلى الشَّنِّ وأسفله.

(١) القَرَعُ: بفتح القاف وسكون الراء (النجم الوهاج: ٩ / ٦٠٠).

(٢) قال المصنف في (المنهاج: ٩ / ٥٩٩ - النجم الوهاج): «القَرَعُ: هو إصابة الشَّنِّ بلا خدش».

(٣) في المطبوع: «الخزق»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٩٩)، قال الدِّمِيرِيُّ في

(النجم الوهاج: ٩ / ٦٠٠): «الخَزَقُ بالخاء والزاي المعجمتين، من خزقتُ الثوب وخزقته».

قال : وإذا أطلقا العقدَ حمل على القرع ؛ لأنه المتعارف^(١) ، وأحسن من هذه العبارة أن يقال : حقيقة اللفظ ما يشترك فيه جميع ذلك .

ومنها : إعلام المسافة التي يرميان فيها ، وفي وجوبه قولان حكاهما الإمام^(٢) . أحدهما : نعم ؛ لاختلاف الغرض بها .

والثاني : لا ، وينزل على العادة الغالبة للرماة هناك إن كانت ، فإن لم تكن عادةً وجب قطعاً ، وعلى هذا يحمل ما أطلقه الأكثرون من اشتراط الإعلام ، وليرجع من القولين : التنزيل على العادة الغالبة ؛ لأن الشرط العلمُ بها ، وذلك تارةً يكون بالإعلام ، وتارةً بقرينة الحال ، كنظائره ، وبهذا قطع ابنُ كَجٍّ .

وفي « المذهب »^(٣) ، و « التهذيب »^(٤) : أنه إذا كان هناك غرض معلوم المدى ، حمل مُطلق العقد عليه ، ولو ذكرا غاية لا تبلغها السهام ، بطل العقد .

وإن كانت الإصابة فيها نادرة^(٥) ، ففيه الوجهان ، أو القولان في الشروط النادرة ، وقدّر الأصحاب المسافة التي يقرب توقع الإصابة فيها بمئتين وخمسين ذراعاً^(٦) ، وما تتعدّر فيه بما فوق ثلاث مئة وخمسين ، وما تندر فيه بما بينهما .

وفي وجه : لا تجوز الزيادة على مئتين ، وهو شاذ .

ولو تناضلا على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ، ولم يقصدا غرضاً ، صحَّ العقد على الأصح ؛ لأن الإبعاد مقصودٌ أيضاً في مُقاتلة القلاع ، ونحوها ، وحصول الإرعاب ، وامتحان شدة الساعد .

قال الإمام^(٧) : والذي أراه على هذا ؛ أنه يشترط استواء القوسين في الشدة ،

(١) انظر : (التهذيب : ٨ / ٨٣) .

(٢) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٢٥٨) .

(٣) انظر : (المذهب : ٣ / ٥٩٣ - ٥٩٤) .

(٤) انظر : (التهذيب : ٨ / ٨٣) .

(٥) في أصل (ظ) ، وفي (س) : « كانت الإصابة ناجزة » .

(٦) وهذا الذراع لم يذكره الأصحاب ، والظاهر أن المراد : ذراع اليد المعتبر في مسافة الإمام والمأموم والقلتين (النجم الوهاج : ٩ / ٥٩٨) .

(٧) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٢٨٢) .

وتراعى خِفَّةُ السهمِ وَرِزَانَتُهُ؛ لأنهما تؤثران في القُرْبِ والبُعدِ تأثيراً عظيماً.

ومنها: إعلَامُ قَدْرِ الغَرَضِ طَوَلاً وَعَرْضاً، والكلامُ فيه على ما ذكرنا في المسافة.

ومنها: ارتفاعُهُ عن الأرضِ وانخفاضُهُ، وهل يشترطُ بيانه، أم لا يشترطُ؟ ويُحْمَلُ على الوسطِ، فيه مثل الخلاف السابق.

واعلم: أنَّ الهدفَ هو الترابُ الذي يجتمعُ، أو الحائطُ الذي يبنى لينصبَ فيه الغَرَضُ. والغَرَضُ قد يكونُ من خَشَبٍ، أو قِرْطاسٍ، أو جِلْدٍ، أو شَنْ، وهو الجِلْدُ البالي^(١)، وقيل: كُلُّ ما نُصِبَ في الهدفِ، فهو قِرْطاسٌ، سواءً كان من كاغِدٍ، أو غيره، وما تعلقَ في الهواءِ فهو الغَرَضُ، والرُّقْعَةُ: عَظْمٌ ونحوهُ، يُجعلُ في وسطِ الغَرَضِ، وقد يجعلُ في الشَّنِّ نَقْشٌ كالقَمَرِ قبل استكمالِهِ يقال له^(٢): الدَّارَةُ^(٣)، وفي وسطها نَقْشٌ، يقال له: الخاتِمُ، وينبغي أن يبيِّنَ موضعَ الإصابة، أهُوَ الهدفُ، أم الغَرَضُ المنصوبُ فيه، أم الدارَةُ في الشَّنِّ، أم الخاتِمُ في الدَّارَةِ؟ وقد يقال له: الحَلَقَةُ والرُّقْعَةُ.

وفي الصِّحَّةِ [١١٩٢ / أ] مع اشتراطِ إصابتهِ الخلافُ في الشروطِ النادرةِ، وقد يجعلُ العربُ بدلَ الهدفِ تُرْساً، ويعلقُ فيه الشَّنَّ.

ومنها: عَدَدُ الأَرْشاقِ، وهو جَمْعُ: رَشَقٍ، بالكسر، وهي التَّوْبَةُ من الرميِّ تجري بين المترايمينَ، سَهْماً سَهْماً، أو خمسةً خمسةً، أو ما يتفقان عليه.

ويجوزُ أن يَتَّفَقَا على أن يرميَ أحدهما جميعَ العددِ، ثُمَّ الآخرُ كذلك، والإِطلاقُ محمولٌ على سهمٍ سهمٍ.

والمُحَاظَةُ: أن يشترطَ طَرَحُ ما يشتركانِ فيه من الإصاباتِ، ويفضَّلُ لأحدهما إصاباتٌ معلومة، فإذا شرطَا عشرينَ رَشَقاً وَفَضَّلَ خمسُ إصاباتٍ، فرميا عشرينَ،

(١) قال إمام الحرمين في (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥١): «الهدف في بلاد العرب مثل الترس، ينصب ويعلق في وسطه شَنْ صغير، والترابُ للعجم في محلِّ الهدف للعرب، والشَّنُّ للعرب في محلِّ القِرطاس للعجم».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «لها».

(٣) في (أ): «الدائرة».

وأصاب أحدهما عشرة، والآخر خمسة، فالأول ناضلٌ.

وإن أصاب كلُّ واحدٍ خمسةً أو غيرها ولم يفضل لأحدهما خمسة، فلا ناضلٌ.

والمبادرة: أن يشترط الاستحقاق لمن بَدَرَ إلى إصابة خمسة من عشرين مثلاً مع استوائهما في العدد المرمي به، فإذا رميًا عشرين، وأصاب أحدهما خمسة، والآخر أربعة، فالأول ناضلٌ، فلو رمى أحدهما عشرين، وأصاب خمسة، ورمى الآخر تسعة عشر، وأصاب أربعة، فالأول ليس بناضلٍ الآن، فيرمي الآخر سهمه؛ فإن أصاب، فقد استويا، وإلا فالأول ناضلٌ، وقولنا: « مع استوائهما في العدد المرمي به » احترازٌ من هذه الصورة؛ فإن الأول بَدَرَ، لكن لم يستويا بعدُ، وهل يشترط التعرُّض في العقد للمُحَاظَّة والمُبَادَرَة ؟ وجهان.

أحدهما: نعم، ويفسد العقد إن تركاه؛ لتفاوت الأغراض.

وأصحُّهما: لا، فإن أطلقا، حُمِلَ على المبادرة؛ لأنها الغالب من المناضلة، وهل يشترط ذكر الأرشاق، ويأتى عددها في العقد ؟ فيه طريقتان.

المذهب، وبه قطع عامة الأصحاب: يشترط ذلك في المُحَاظَّة والمُبَادَرَة؛ ليكون للعمل ضبطٌ، والأرشاق في المناضلة كالمِئِدَان في المسابقة.

والثاني: فيه ثلاثة أوجه ذكرها الإمام^(١)، وجعلها الغزالي أقوالاً.

أحدها: هذا.

والثاني: لا يشترط؛ لأن الرمي لا يجري على نسقٍ واحد، وقد لا يستوفي الأرشاق لحصول الفوز في خلالها، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وليكن التعويل على الإصابات.

والثالث: يشترط في المُحَاظَّة، لينفصل الأمر، ويبين^(٢) نهاية العقد، ولا يشترط في المُبادَرَة؛ لتعلُّق الاستحقاق بالبدار إلى العدد المشروط.

فَرْع: تناضلاً على رمية واحدة، وشرطاً المال للمصيب فيها، صحَّ على الأصحَّ.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٢ - ٢٥٣).

(٢) في (أ)، و (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٢): « ويتبين ».

وقيل: لا، فقد يتفوق في المرة الواحدة إصابة الآخر^(١) دون الحاذق، فلا يظهر الحذق إلا برميات.

ولو رمى أحد المتناضلين أكثر من النوبة المستحقة له؛ إما باتفاقهما، وإما بغيره، لم تحسب الزيادة له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ.

ولو عقدا على عدد كثير على أن يرميا كل يوم بكرة كذا، وعشية كذا، جاز، ولا يتفرقان كل يوم حتى يستوفيا المشروط فيه، إلا لعذر، كمرض، وريح عاصف، ونحوه، ثم يريان على ما مضى في ذلك اليوم، أو بعده، ويجوز أن يشترط الرمي جميع النهار، وحينئذ يفيان به، ولا يدعان إلا في وقت [١١٩٢ / ب] الطهارة، والصلاة، والأكل، ونحوها، وتقع هذه الأحوال مستثناة، كما في الإجارة.

ولو أطلقا ولم يُبين وظيفة كل يوم، فكذلك الحكم، ولا يتركان الرمي إلا بالتراضي، أو لعارض، كمرض، وريح، ومطر، ونحوها. والحر ليس بعذر، وكذا الريح الخفيفة.

وإذا غربت الشمس قبل فراغ وظيفة اليوم، لم يرميا بالليل للعادة، إلا أن يشترط^(٢)، وحينئذ يحتاجان إلى شمعة^(٣) ونحوها، وقد يكفي ضوء القمر، كذا قاله الأصحاب.

ومنها: أنه يشترط رميهما مرتباً؛ لأنهما لو رميا معاً، اشتبه المصيب بالمخطئ؛ فإن ذكراً في العقد من يبدأ بالرمي، اتبع الشرط، وإن أطلقا، فقولان. **أظهرهما:** بطلان العقد.

والثاني: صحته، وكيف يمضي؟ وجهان، ويقال: قولان.

أحدهما: ينزل على عادة الرثامة، وهي تفويض الأمر إلى المُسبق، بكسر الباء،

(١) في المطبوع: «الأخرى»، تحريف.

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «يشترط له بدل: «يشترط»، المثبت من (س، أ)، وانظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٢)، و(النجم الوهاج: ٩ / ٥٩٨).

(٣) في الأصول الخطية، والمطبوع: «شمعة»، المثبت من (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٢). جاء في (المعجم الوسيط: ١ / ٥١٤): «المشمعة: المزاح الطرب. ومصنع الشمع». وليس المراد واحداً منهما.

وهو: مُخْرِجُ السَّبَقِ، فَإِنْ أَخْرَجَهُ أَحَدُهُمَا، فَهُوَ أَوْلَى، وَإِنْ أَخْرَجَهُ غَيْرُهُمَا، قَدَّمَ مَنْ شَاءَ، وَإِنْ أَخْرَجَاهُ، أَقْرَعَ.

والثاني: يقرعُ بكلِّ حال، وقال القَقَالُ: القولانِ في الأصلِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّا نَتَّبِعُ الْقِيَاسَ أَمْ عَادَةُ الرُّمَّةِ؟ وَيَجْرِي مِثْلُ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ فِي صُورٍ مِنَ السَّبَقِ وَالرَّمِي، وَهُمَا مُتَعَلِّقَانِ بِالْخِلَافِ فِي أَنَّ سَبِيلَ هَذَا الْعَقْدِ سَبِيلُ الْإِجَارَةِ، أَمْ الْجِعَالَةِ؟ إِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ، اتَّبَعْنَا الْقِيَاسَ، وَإِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي، اتَّبَعْنَا الْعَادَاتِ.

وقيل: في المسألة طريقتانِ آخَرَانِ.

أحدهما: القطعُ بالفساد.

والثاني: بِالْقُرْعَةِ. ثم إذا شرطَ تقديم واحدٍ، أو اعتمدنا القرعة، فخرجتَ لواحد، فهل يقدمُ في كل رِشْقٍ، أَمْ فِي الرِّشْقِ الْأَوَّلِ فَقَطْ؟ حَكَى الْإِمَامُ^(١) فِيهِ وَجْهَيْنِ، قَالَ: وَلَوْ صَرَّحُوا بِتَقْدِيمِ مَنْ قَدَّمَوهُ فِي كُلِّ رِشْقٍ، أَوْ أَخْرَجَا الْقُرْعَةَ لِلتَّقْدِيمِ فِي كُلِّ رِشْقٍ، اتَّبَعَ الشَّرْطَ، وَمَا أَخْرَجَتْهُ الْقُرْعَةُ، وَلَكِ أَنْ تَقُولَ: إِذَا ابْتَدَأَ الْمُقَدِّمُ فِي النَّوْبَةِ الْأُولَى، فَيَنْبَغِي أَنْ يَبْتَدِئَ الثَّانِي فِي الثَّانِيَةِ بِلا قُرْعَةٍ، ثُمَّ يَبْتَدِئُ الْأَوَّلُ^(٢) فِي الثَّالِثَةِ، ثُمَّ الثَّانِي، وَهَذَا لِأَمْرَيْنِ.

أحدهما: أَنَّهُمْ نَقَلُوا عَنْ نَصِّهِ فِي «الْأَمِّ»: أَنَّهُ لَوْ شَرَطَ كَوْنُ الْإِبْتِدَاءِ لِأَحَدِهِمَا أَبَدًا، لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ الْمُنَاضَلَةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى التَّسَاوِي.

والثاني: أَنَّهُ يَسْتَحِبُّ كَوْنَ الرَّمِي بَيْنَ غَرَضَيْنِ مُتَقَابِلَيْنِ يَرْمِي الْمُتَنَاضِلَانِ، أَوْ الْجِرْيَانِ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ، ثُمَّ يَأْتِيَانِ الثَّانِي، وَيَلْتَقِطَانِ السَّهَامَ، وَيَرْمِيَانِ إِلَى الْأَوَّلِ.

ثُمَّ نَصَّ الشَّافِعِيُّ وَالْأَصْحَابُ، رَحِمَهُمُ اللَّهُ: أَنَّهُ إِذَا بَدَأَ أَحَدُهُمَا بِالشَّرْطِ، أَوْ بِالْقُرْعَةِ، أَوْ بِإِخْرَاجِ الْمَالِ، ثُمَّ انْتَهَيَا إِلَى الْغَرَضِ الثَّانِي، بَدَأَ الثَّانِي فِي النَّوْبَةِ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ كَانَ الْغَرَضُ وَاحِدًا، وَحِينَئِذٍ يَتَّصِلُ رَمِيهِ فِي النَّوْبَةِ الثَّانِيَةِ بِرَمِيهِ فِي النَّوْبَةِ الْأُولَى. فَرَعُ: إِذَا قُلْنَا: يَقْرَعُ لِلْإِبْتِدَاءِ، هَلْ يَدْخُلُ الْمُحَلَّلُ فِي الْقُرْعَةِ إِذَا أَخْرَجَا الْمَالَ؟ وَجَهَانِ.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٧).

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «الأولى»، خطأ. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٣).

وإذا ثبتَ الابتداءُ لواحدٍ، فرمى الآخرَ قبلَه، لم يُحَسَبْ له إنْ أصابَ، ولا عليه إنْ أخطأَ، ويرمي ثانياً عند انتهاءِ النوبةِ إليه .

الشَّرْطُ الخامسُ: تعيينُ الرُّماةِ، فلا يصحُّ العقدُ إلا على راميَيْن مُعيَّنَيْن، أو رُماةٍ مُعيَّنَيْن، وتَجوزُ المُناضلةُ بين حِزْبَيْن ^(١) [١١٩٣ / ١] فصاعداً، ويكونُ كُلُّ حِزْبٍ في الخطأ والإصابة، كالشخص الواحد، ومنع ابنُ أبي هُريرةَ جوازَ الحزْبَيْن؛ لثَلَا يأخذَ بعضُهم برمي بعضٍ، والصحيح: الجوازُ، وليَكُنْ لكلِّ حِزْبٍ زعيمٌ يعيَّنُ أصحابه، فإذا تراضيا، توَكَّلَ عنهم في العقد، ولا يجوزُ أن يكونَ زعيمُ الحزْبَيْنِ واحداً، كما لا يجوزُ أن يتوكَّلَ واحدٌ في طرفي البيع، ولا يجوزُ أن يعقدا قَبْلَ تعيينِ الأعوانِ، وطريقُ التعيينِ: الاختيارُ بالتراضي، فيختارُ زعيمٌ واحداً، ثم الزعيمُ الآخرُ في مقابلته واحداً، ثم الأولُ واحداً، ثم الثاني واحداً، وهكذا حتَّى يستوعبوا، ولا يجوزُ أن يختارَ واحدٌ جميعَ الحزْبِ أولاً؛ لأنه لا يؤمَّنُ أن يستوعبَ الحُذَّاقَ، ولا يجوزُ أن يُعيَّنَا الأعوانُ بالقرعة؛ لأنها قد تجمعُ الحُذَّاقَ في جانب، فيفوت ^(٢) مقصودُ المناضلة؛ ولهذا لو قال أحدُ الزعيمَيْن: أنا أختارُ الحُذَّاقَ وأُعطي السَّبَقَ، أو الحُرْقَ ^(٣) وأخذُ السَّبَقَ، لا يجوزُ، ولأنَّ القرعةَ لا مدخلَ لها في العقود، ولهذا لا تجوزُ المناضلةُ على تعيين ^(٤) مَنْ خَرَجَتِ القرعةُ عليهم. وقال الإمام ^(٥): لا بأس به؛ لأنَّ القرعةَ بعد تعديلِ النُحْصِصِ والأقساطِ معهودة، والذي قطعَ به صاحبُا «المهذَّب» ^(٦)، و«التهذيب» ^(٧)، وغيرُهما: المنعُ، ونَصَّ في «الأم» أنهما لو تناضلا على أن يختارَ كُلُّ واحدٍ ثلاثةً، ولم يُسمِّهم، لم يَجْزُ، وأنه يشترطُ كلَّ واحدٍ مَنْ يرمي معه؛ بأن يكونَ حاضِراً، أو غائِباً يعرفُهُ، واحتجَّ القاضي أبو الطيّب بظاهره؛ أنه تكفي معرفةُ الزعيمَيْن، ولا يعتَبَرُ أن يعرفَ الأصحابُ بعضُهم بعضاً، وابتداءُ أحدِ الحزْبَيْنِ بالرمي كابتداءِ أحدِ الشخصَيْنِ ..

(١) حزبين: أي: جماعتين.

(٢) في المطبوع: «فيفوق»، تحريف.

(٣) الحُرْق: جمع أخرق، مثل أحمر وحمُر.

(٤) في المطبوع: «تعين».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٥ - ٢٨٦).

(٦) انظر: (المهذب: ٣ / ٦٠٢).

(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٥).

ولا يجوزُ أَنْ يشرطا أَنه يتقدّم من هذا الحزب فلانٌ، ويقابله من الحزب الآخر فلان، ثم فلان؛ لأن تدبيرَ كُلِّ حزبٍ إلى زعيمهم، وليس للآخر مشاركته فيه.

فروع ثلاثة:

أحدها: حَضَرَهُمْ غريبٌ، فاختره أحدُ الزعيمين، وظنّه يُجيدُ الرمي، فبانَ خلافُهُ، نُظِرَ:

إِنْ لم يُحسِنِ الرمي أصلاً، بَطَلَ العقدُ فيه، وسقطَ من الحزب الآخر واحدٌ بازائه، وهل يبطلُ العقدُ في الباقي؟ فيه قولان تفريق الصَّفقة.

وقيل: يَبْطُلُ قطعاً، فَإِنْ قلنا: لا يَبْطُلُ، فللحزبين خيارُ الفسخ للتبعيض؛ فَإِنْ أجازوا، وتنازعا في تعيين مَنْ يجعلُ في مقابلته، فسخَ العقدُ؛ لتعذر إمضائه، وَإِنْ بانَ أَنه ضعيفُ الرمي، أو قليلُ الإصابة، فلا فسخ لأصحابه، ولو بانَ فوقَ ما ظنُّوه، فلا فسخ للحزب الآخر، هنكذا أطلقوه، وينبغي أَنْ يكونَ فيه الخلافُ السابقُ في أَنه هل يشترطُ كَوْنُ المتناضلين مُتَدَانِيَيْنِ؟ وقد يستدلُّ بإطلاقهم على أَنَّ الأصَحَّ: أَنه لا بأسُ بهذا التفاوتِ. وذكر الشيخ أبو محمد أن من فوائدِ المسألة؛ أَنَّ المجهولَ الذي لم يختبرَ يجوزُ إدخاله في رجالِ المناضلة.

قال: وكان لا يبعدُ منعه؛ للجّهالة العظيمة، لكن نصَّ الشافعي - رَحِمَهُ اللهُ - على جوازه، فلو تناضَلَ غريبانِ لا يعرفُ واحدٌ منهما صاحبه، حكمَ بصحّة العقد؛ فَإِنْ بانَ أَنهما، أو أحدهما لا يحسنُ الرمي، بَطَلَ العقدُ، وَإِنْ بانَ أَنَّ أحدهما أَخْرَقَ، لا يقاومُ الآخرَ، ففي تبيينِ بطلانِ العقدِ الوجهانِ السابقانِ فيما لو عاقَ ناضِلٌ^(١) أَخْرَقَ [١١٩٣ / ب].

الفرع الثاني: يشترطُ استواءُ الحزبين في عددِ الأَرْشاقِ والإصاباتِ، وأمّا عددُ الحزبين والأحزابِ فوجهان.

أحدهما، وبه قطع الإمام^(٢)، والغزالي: لا يشترطُ؛ بل يجوزُ أَنْ يكونَ أحدُ

(١) في (ظ، أ)، والمطبوع: «فاضل»، تحريف، المثبت من (س)، موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٠٧)، و(نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٥).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٤).

الْحَزْبَيْنِ ثَلَاثَةً، والثاني أربعة، والأرشاق مِثَّةٌ عَلَى كُلِّ حَزْبٍ، وَأَنْ يَرَامِيَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَةً، فِيرْمِي هُوَ ثَلَاثَةً، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَاحِدًا^(١).

والثاني، وبه قطع صاحب «المهذب»^(٢)، و«التهذيب»^(٣)، وغيرهما: يشترط؛ لأن به يحصل الحَذْقُ، فعلى هذا: يشترط كون عدد الأرشاق تنقِسمُ صحيحاً على الأحزاب، فإن كانوا ثلاثة أحزاب، فليكن للأرشاق ثلث صحيح، وإن كانوا أربعة، فربُّع صحيح.

الثالث: مَنْ التزم السَّبَقَ مِنَ الزَّعِيمَيْنِ، لَزِمَهُ، وَلَا يَلْزُمُ أَصْحَابَهُ إِلَّا أَنْ يَلْتَزِمُوا مَعَهُ، أَوْ يَأْذِنُوا لَهُ أَنْ يَلْتَزِمَ عَنْهُمْ، وَحِينَئِذٍ يوزَّعُ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ.

وإذا فَضَّلَ أَحَدُ الْحَزْبَيْنِ فَهَلْ يوزَّعُ الْمَالُ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، أَمْ عَلَى عَدَدِ الْإِصَابَاتِ؟ وَجِهَانِ.

الصحيح: الأول، ومنهم مَنْ قَطَعَ بِهِ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْإِصَابَاتِ، فَمَنْ لَمْ يُصَبْ، لَا شَيْءَ لَهُ، هَذَا إِذَا أَطْلَقُوا الْعَقْدَ، فَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يَنْتَهِمُوا عَلَى الْإِصَابَةِ، فَالْشَّرْطُ مُتَبَعٌ، وَفِيهِ احْتِمَالٌ لِلْإِمَامِ.

الشرط السادس: تَعْيِينُ الْمَوْقِفِ، وَتَسَاوِي الْمُنَاضِلَيْنِ فِيهِ، فَلَوْ شَرَطَ كَوْنُ مَوْقِفِ أَحَدِهِمَا أَقْرَبَ، لَمْ يَجْزُ، وَلَوْ قَدَّمَ أَحَدُهُمَا أَحَدَ قَدَمَيْهِ عِنْدَ الرَّمِيِّ، فَلَا بَأْسَ، وَإِذَا وَقَفَ الرُّمَاءُ صَفًّا، فَالْوَاقِفُ فِي الْوَسْطِ أَقْرَبُ إِلَى الْغَرَضِ، لَكِنْ هَذَا التَّفَاوُتُ مُحْتَمَلٌ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَمْ يَشْتَرَطْ أَحَدٌ تَنَاوُبَ الرُّمَاءِ عَلَى الْمَوْقِفِ؛ لِلْمَشَقَّةِ فِي الْإِنْتِقَالِ، وَقَدْ نَصَّ فِي «الأم»: أَنَّ عَادَةَ الرَّمَاةِ أَنَّ الرَّامِيَ الثَّانِي قَدْ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْأَوَّلِ بِخُطْوَةٍ أَوْ خُطْوَتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَ، قَالَ الْأَصْحَابُ: إِنْ لَمْ تَطْرُدْ هَذِهِ الْعَادَةَ؛ بَلْ كَانُوا يَفْعَلُونَهَا تَارَةً دُونَ تَارَةٍ لَمْ تَعْتَبَرْ، وَإِلَّا فَوْجِهَانِ.

فإن اعتبرت ولم تختلف العادة في عدد الأقدام، رُوعي ذلك، وإن اختلفت، اعتبر الأقل.

(١) في (ظ): « واحد ».

(٢) انظر: (المهذب: ٣ / ٦٠٢).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٥).

فَرَعُ: تنافسوا في الوقوف في وسط الصفِّ، قال الإمام^(١)، والغزالي: هو كالتنافس في الابتداء، والذي قطع به الجمهور: أن الاختيار لمن له الابتداء، فمن استحقَّ الابتداء بشرط، أو غيره يختار المكان، فيقف في مقابلته، أو مُتَيَّماً، أو مُتَيَّساً كيف شاء، وليحمل ما ذكره الإمام عليه، وإذا وقف، وقف الآخرُ بجانبه يميناً، أو شمالاً، فإن لم يرضَ إلاَّ بأنَّ يقفَ عند الرمي في موقفِ الأول، فهل له أن يزيله عن موقفه؟ وجهان.

ولو رميا بين غرضين، فانتها إلى الغرض الثاني، فالثاني كالأول يقف حيث شاء، فإن كانوا ثلاثة، قال أبو إسحاق: يقرع بين الآخرين عند الغرض الثاني، فمن خرجت له القرعة، وقف حيث شاء، ثم إذا عادوا إلى الغرض الأول بدأ الثالث بلا قرعة، ويقف حيث شاء، وحكي قول آخر: أنهما حيث تنازعا في الموقف، يحملان على عادة الرُّماة إن كان لهما في ذلك عادة مستمرة.

فَرَعُ: لو رَضُوا بعد العقد بتقدُّم واحد، نُظِرَ:

إن تقدَّم [١١٩٤ / أ] بقدر يسير، جاز، وإن كان أكثر، فلا.

ولو تأخَّر واحد برضا الآخرين، لم يجز على الأصح.

ولو اتفقوا على تقدُّم الجميع، أو تأخُّرهم، أو تعيين عددِ الأرشاق بالزيادة والنقص، بُني على أنَّ المسابقة والمناضلة جائزتان، أم لزامتان؟

فَرَعُ: لو قال أحدهما: ينصبُّ الغرض بحيث يستقبل الشمس، وقال الآخر: بل يستديرها، أجيب الثاني؛ لأنه أصلح للرمي.

الطرف الثاني: في أحكام المناضلة

وفيه فصلان.

أحدهما: فيما يتعلَّق به استحقاق المال، وفيه مسائل.

إحداها: إذا شرط في العقد الإصابة، أو القرع، لم يشترط التأثير بالخدش، والخرق ولا يضر^(٢)، فيحسب ما أصاب، وارتدَّ بلا تأثير، وما أثار بخسقي، وغيره.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٩).

(٢) قوله: « ولا يضر »، لم يرد في مطبوع (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٠).

ولو كان الشَّنُّ بالياً، فأصاب موضعَ الخَرْقِ منه حُسْبٌ، ذكره البغوي^(١). وقد يجيء فيه وجهٌ؛ لأنه لم يُصَبِ الغَرَضُ.

ثم يحتاجُ إلى معرفة ما يصابُ، وما يُصِيبُ به؛ أمّا الأولُ؛ فإن ذكرَ إصابة الغَرَضِ، حسب ما أصابَ الجِلْدَ، والجَرِيدَ: وهو الدائِرُ على الشَّنِّ، والعُرْوَةُ: وهي: السَّيْرُ، أو الخَيْطُ المشدودُ به الشَّنُّ على الجريدِ، فكلُّ ذلك من^(٢) الغرض. وفيما يعلّقُ به الغَرَضُ، قولان.

أظهرهما، وأشهرهما: أنه ليس من الغَرَضِ. فإن ذكرَ إصابة الشَّنِّ، لم تحسب إصابة الجريد والعُرْوَة، وإن ذكرا إصابة الخاصرة: وهي يمين الغَرَضِ، أو يساره، لم تحسب إصابة غيرهما.

وأما ما يصيبُ من السهم؛ فالاعتبارُ بالنَّصْلِ، فلا تحسبُ الإصابةُ بفوق السهم^(٣)، وعَرَضِهِ؛ لأنها تدلُّ على سوء الرمي، وتحسبُ هذه الرميةُ عليه من العدد.

وقيل: إذا أصابَ بالفوق لا تحسبُ عليه، وهو شاذٌ.

وإن كان الاستحقاقُ معلقاً بإصابة مقيّدة كالخسوف، وغيره، فالحكمُ فيما يصابُ، ويصابُ به كما ذكرنا لا يختلفُ.

ولو انصدم السهمُ بجدارٍ، أو شجرةٍ، ونحو ذلك، ثم أصابَ الغَرَضَ، أو انصدم بالأرضِ، ثم ازدلف^(٤)، وأصابَ الغَرَضَ، حُسِبَ له على الأصحَّ عند العراقيين والأكثرين.

وقيل: لا يحسبُ.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩١).

(٢) كلمة: «من»، ساقطة من المطبوع.

(٣) الفوق: وزان قُفْل: موضعُ الوترِ من السهم، وهو الفرض المحزوز (النظم المستعذب: ١ / ٤٢١).

(٤) ازدلف السهمُ؛ أي: اقترب، وأصله التاء فأبدلت دالاً، والمعنى: أنه ارتفع من الأرض لشدة وقعه عليها، فأصاب الغَرَضَ.

وقيل: المُزدلفُ: أن يقع دون الغَرَضِ على الأرضِ، ثم يئِبَ إلى الغَرَضِ (النظم المستعذب: ١ / ٤٢١)، وانظر: (البيان: ١٢ / ٤٤٥).

وقال أبو إسحاق: **إِنْ أَعَانَتْهُ الصَّدْمَةُ وَزَادَتْهُ حِدَّةً، لَمْ يَحْسَبْ، وَإِلَّا فَيَحْسَبُ.**
و**إِنْ** ازدلفَ، ولم يُصِبِ الغَرَضَ، حُسِبَ عليه على الأصحَّ.

المسألة الثانية: إذا شرطَ الخسِقُ، فأصابَ السهمُ الغَرَضَ وثَقَبَهُ، وتعلَّقَ النَّصْلُ به، وثَبَّتَ، فهو خَسِقٌ، ولا يَضُرُّ سقوطُه بعد ما ثَبَّتَ، كما لو نزعَهُ غيره، وإنْ خَدَشَهُ، ولم يَثْقُبْهُ فليس بخاسِقٍ، وإن ثَقَبَهُ، ولم يَثْبُتْ فقولانٍ، ويقال: وجهان.

أظهرهما: ليس بخاسِقٍ؛ لما سبق في تفسيرِ الخَسِقِ.

ولو ثَقَبَ، وَمَرَّقَ، فهو خاسِقٌ على المذهب والمنصوص.

وقيل: قولان.

ولو أصابَ السهمُ طرفَ الغَرَضِ فَخَرَّمَهُ، وثَبَّتَ هناك، فهل يحسبُ خاسِقاً؟ قولان.

أظهرهما: نَعَمْ، وفي موضعِ القولين طُرُقٌ.

أصحُّها^(١): أنهما فيما إذا كان بعضُ جِزْمِ النَّصْلِ خارجاً، فإن كان كُلُّهُ داخلياً، فهو خاسِقٌ قطعاً.

والثاني: أنه إن كان بعضُهُ خارجاً، فليس بخاسِقٍ قطعاً [١١٩٤ / ب] وإنما القولان إذا بقيتْ طُفْيَةٌ، أو جُلَيْدَةٌ تحيطُ بالنَّصْلِ، والطُّفْيَةُ: الواحدةُ من الخُوصِ.

والثالث: أنه إن أَبَانَ مِنَ الطرفِ قطعةً لو لم يُبَيِّنْهَا، لكان الغَرَضُ مُحِيطاً بالنَّصْلِ، فهو خاسِقٌ قطعاً، والقولان فيما إذا خَرَمَ الطرفَ لا على هذا الوجه.

والرابع: أنه إن خَرَمَ الطرفَ، فليس بخاسِقٍ قطعاً، وإنما القولان إذا خَرَمَ شيئاً من الوسطِ، وثَبَّتَ مكانَهُ، وهذا أضعفُها.

وقال القائل: **إِنْ كَانَ بَيْنَ النَّصْلِ وَالطَّرَفِ^(٢)؛ لَكِنَّهُ تَشَقَّقَ، فَانْخَرَمَ^(٣)، لِيُؤَسِّتَ الشَّنَّ، وَنَحْوَهَا، فَهُوَ خَاسِقٌ.**

(١) في (ظ، س): «أصحهما».

(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٢) زيادة: «شيء».

(٣) في المطبوع: «فالخرم»، تحريف.

ولو فرض ما ذكرنا من إصابة الطرف، والمشروط القَرْعُ، أو الإصابة دون
الحَسَقِ فطريقان.

أحدهما: طَرْدُ القولين.

ولو وقع السهم في ثُقْبَةٍ قديمة وثَبَّتَ، فهل يحسبُ خاسِقاً؟ وجهان.

أحدهما: لا؛ لأنَّ النَّصْلَ صادفَ الثُّقْبَ فلم يَحْسَقِ.

وأصحُّهما: نَعَمْ؛ لأنَّ السهمَ في قُوَّتِهِ ما يَخْرِقُ لو أصاب موضعاً صحيحاً،
ومقتضى هذا: أنَّ لا يجعلُ خاسِقاً إذا لم تعرف قوة السهم، ويوضِّحُه أنَّ
الشافعي رحمته الله قال: لو أصاب موضعَ خَرْقٍ ^(١) في الغَرَضِ، وثبت في الهدف كان
خاسِقاً، فقال الأصحاب: أراد إذا كان الهدف في قوَّة الغَرَضِ، أو أصْلَبَ منه؛ بأنَّ
كان من خَشَبٍ، أو أَجْرٍ، أو طِينٍ يابسٍ؛ فإن لم يكن؛ بل كان تُراباً، أو طِيناً لَيِّناً، لم
يحسب له، ولا عليه؛ لأنه لا يدري هل كان يَثْبُتُ لو أصاب موضعاً صحيحاً، أم
لا؟

وفي «الحاوي» وجه: أنه لا يُحسبُ خاسِقاً، وإن كان الهدف في قوَّة
الغرض.

أمَّا إذا خَدَشَ النَّصْلُ موضعَ الإصابة، وخرقَ بحيثُ يَثْبُتُ فيه مثلُ هذا السهم؛
لكنَّه رجع؛ لِغِلَظِ لَقِيَّتِهِ من حَصَاةٍ، أو نَوَاةٍ، فيحسبُ خاسِقاً على الأظهر، وبه قطع
البغوي ^(٢).

وفي قول: لا يحسبُ له، ولا عليه.

ولو اختلفا، فقال الرامي: حَسَقَ لكن لم يَثْبُتْ، لغِلَظِ لَقِيَّتِهِ، وأنكرَ الآخر؛ فإنَّ
كان فيه خُرُوقٌ ولم يعلم موضع الإصابة، فالقولُ قولُ الآخر؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ
الحَسَقِ، والخَدَشِ. وكذا الحكمُ لو عَيَّنَ الرامي موضعاً، وقال: هذا الخَرْقُ حصل
بسهمي، وأنكرَ صاحبه.

ثم إنَّ فَتَشَ الغَرَضِ، فلم يوجد فيه حصاةً، ولا ما في معناها، لم يحلَّفْ، وإنَّ

(١) في المطبوع: «خَرْقٌ»، وانظر: (النهاية: ١٨ / ٢٦٣، ٢٦٤).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٣).

وجد فيه مانع، حلف، وإذا حلف، لم يحسب للرامي، وهل يحسب عليه؟ وجهان.

أصحهما: لا.

وإن علم موضع الإصابة، ولم يكن هناك مانع، أو كان، ولم يؤثر السهم فيه بخدش، وخزق، صدق بلا يمين، وحسبت الرمية على الرامي، وإن قلنا: الخزق بلا ثبوت خسق، حسب خاسقاً بلا يمين، وإلا، فلا يحسب له، ولا يحسب عليه أيضاً على الأصح.

ولو مرق سهم، وثبت في الهدف وعلى النصل قطعة من الغرض، فقال الرامي: هذه القطعة أبانها سهمي؛ لقوته، وذهب بها، فقال الآخر: بل كانت القطعة مبانة قبله، فتعلقت بالسهم، فالقول قول الآخر، نص عليه في « الأم »؛ لأن الأصل عدم الخسق.

قال الشيخ أبو حامد: هذا إذا لم نجعل الثبوت في الهدف كالثبوت في الغرض، فإن جعلناه، فلا معنى لهذا الاختلاف.

المسألة الثالثة: إذا تناضلا مبادرة، وشرطا المال لمن سبق إلى إصابة عشرة من مئة مثلاً، فسبق أحدهما إلى الإصابة المشروطة قبل كمال عدد الأرشاق؛ بأن رمى كل واحد منهما خمسين [١/١١٩٥] وأصاب أحدهما منها عشرة، والآخر دونها، فالأول ناضل، وقد استحق المال، وهل يلزمه إتمام العمل؟ فيه طريقتان. المذهب، وبه قطع الجمهور: لا يلزم؛ لأنه تم العمل الذي تعلّق به الاستحقاق، فلا يلزمه عمل آخر.

والثاني: فيه وجهان، حكاهما الإمام^(١)، والغزالي.

ثانيهما: يلزمه، لينتفع صاحبه بمشاهدة رميه ويتعلم منه.

ولو تناضلا مُحاطة، وشرطا المال لمن خلص له عشرة من مئة، فرمى كل واحد خمسين، وأصاب أحدهما في خمسة عشر، والآخر في خمسة، فقد خلص للأول عشرة، هل يستحق بها المال، أم يتوقف الاستحقاق على استكمال الأرشاق؟ وجهان.

أحدهما: يستحقُّ بها، كالمُبادرة.

والثاني، وهو الصحيح: لا يستحقُّ؛ لأنَّ الاستحقاقَ منوطٌ بخُلوصِ عَشْرَةٍ من مِئَةٍ، وقد يصيبُ الآخرُ فيما بقي ما يمنعُ خلوصَ عَشْرَةٍ للأول، بخلافِ المُبادرة؛ فإنَّ الإصابةَ بعدها لا ترفعُ ابتدارَ الأولِ إلى ذلك العدد؛ فإنَّ قلنا بهذا، وجبَ إتمامُ الأَرْشاقِ، وإنَّ قلنا بالأولِ، وأنه لا حَظَّ^(١) بعد خُلوصِ العددِ المشروط، فهل للآخر أنْ يُكَلِّفَه إتمامَ العمل؟ فيه الطريقتانِ في المُبادرة. ويجري الخلافُ في كل صورةٍ يتوقَّعُ الآخرُ منعَ الأولِ من خُلوصِ المشروط، أو نَصْلِهِ^(٢)، كما إذا شرطنا خلوصَ خمسةٍ من عشرين، فرمى كُلُّ واحدٍ خمسةَ عَشَرَ، وأصابَ أحدهما عشرةً، والآخرُ ثلاثةً؛ لأنهما إذا استكملا الأَرْشاقَ، فقد يصيبُ الآخرُ في الخمسة الباقية، ولا يصيبُ الأولُ في شيءٍ منها، فلا يخلصُ له عَشْرَةٌ، فلو كانت الصورةُ بحالها، وأصابَ الأولُ في عَشْرَةٍ من خمسةَ عَشَرَ، ولم يُصِبِ الآخرُ في شيءٍ منها، فلا يرجو الآخرُ منعَ الأولِ من الخُلوصِ، فيثبت له استحقاقُ المالِ في الحال قطعاً.

قال البغوي^(٣)، وغيره: ولا يلزمه إتمامُ الأَرْشاقِ، ولا يشكُّ أنه يجيء فيه الخلافُ المذكورُ في المُبادرة.

ولو رمى أحدهما، والشرطُ المُبادرةُ في المثال المذكورَ خمسينَ، وأصابَ عَشْرَةً، ورمى الآخرُ تسعةً وأربعينَ، وأصابَ تسعةً، فالأولُ ليس بناضِلٍ؛ بل يرمي الآخرُ سهماً آخرَ؛ فإنَّ أصابَ، فقد تساوى، وإلَّا فقد ثبتَّ الاستحقاقُ للأول.

ولو أصابَ الأولُ من خمسينَ عَشْرَةً، والآخرُ من تسعةٍ وأربعينَ ثمانيةً، فالأولُ ناضِلٌ؛ لأنَّ الآخرَ وإنَّ أصابَ في رميته الباقية لا يساوي الأولَ، ويظهرُ بالصورتين أنَّ الاستحقاقَ لا يَحْصُلُ بمجردِ المُبادرةِ إلى العددِ المذكورِ؛ بل يشترطُ مع الابتدارِ مساواتُهما في عددِ الأَرْشاقِ، أو عَجَزَ الثاني من المساواةِ في الإصابة، وإنَّ ساواه في عددِ الأَرْشاقِ.

ولو خلصَ لأحدهما في المُحَاظَةِ عَشْرَةً من خمسينَ، ورمى الآخرُ تسعةً

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٥): «لاحظ».

(٢) في المطبوع: «نصله»، تصحيف.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٨٦).

وأربعين، ولم يُصَبَّ في شيء منها، فله أن يرمي سهماً آخر، فلعله يصيب فيه، فيمنع خلوص عشر إصاباتٍ للأول.

فَرَعٌ: إذا قال رجلٌ لرام: ازم خمسةً عني، وخمسةً عن نفسك، فإن أصبتَ في خمستك، أو كان الصوابُ فيها أكثرَ، فلك كذا، أو قال: ارم عشرةً، واحدةً عنك، وواحدةً عني، فإن كانت إصابتك فيما رميتَ عنك أكثرَ، فلك كذا، لم يَجْزُ، نصٌّ عليه في « الأم »؛ لأن المناضلةَ عقدٌ، فلا يكون إلا بين نفسين، كالبيع وغيره، ولأنه قد يجتهدُ في حقِّ نفسه دون صاحبه.

ولو قال: ازم عشرةً؛ فإن كان صوابك منها أكثرَ، فلك كذا، فظاهرُ ما نقله المُرَنيُّ: أنه لا يجوزُ^(١)، [١١٩٥ / ب] وأشار إلى^(٢) تعليقه؛ بأنه يناضلُ نفسه، فوافقه طائفة من الأصحاب، وخالفه الجمهورُ، وقالوا: هو جائز، وحكوه عن نصِّه في « الأم »، وعملوه بأنه بذلُ المالِ على عوضٍ معلوم، وله فيه غرضٌ ظاهر، وهو تحريضه على الرمي ومشاهدة رميه، قالوا: وليس هو بنضالٍ، بل هو جُعالةٌ.

ثم من هؤلاء مَنْ غلَطَ المُرَنيُّ في الحكم والتعليل، ومنهم من تأوَّله على ما لو قال: ازم كذا؛ فإن كان صوابك أكثرَ، فقد نَضَلْتَنِي، فهذا لا يجوزُ؛ لأن النضالَ إنما يكونُ بين اثنين.

فإن قلنا بالجوازِ، فرمى ستَّةً، وأصابها كُلُّها، فقد ثبتَ استحقاقُها، وللشارِطِ أن يكلفه استكمالُ العشرةِ على المذهب؛ لأنه علَّقَ الاستحقاقَ بعشرةٍ إصابتها أكثر.

ولو قال لمترايمين: ازميا عشرةً، فمن أصابَ منكما خمسةً، فله كذا، جاز.

ولو قال رجلٌ لآخر: نرمي عشرةً، فإن أصبتَ في خمستك، فلك كذا، وإن أصبتُ أنا، فلا شيءَ لي عليك، جاز أيضاً.

وإن قال: وإن أصبتُ في خمستي، فلي عليك كذا، لم يَجْزُ إلا بمحلٍّ.

ولو قال: ازم سهماً؛ فإن أصبتَ، فلك كذا، وإن أخطأتَ، فعليك كذا، فهو

قِمَار.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٧).

(٢) في المطبوع: « في ».

فَرَعُ: لو كانوا يتناضلون، فمرَّ بهم رجلٌ، فقال لمن انتهتِ النوبةُ إليه وهو يريدُ الرمي: ارم؛ فَإِنْ أَصَبْتَ بهذا السهم، فلك دينارٌ، نصَّ الشافعي، رَحِمَهُ اللهُ: أنه إذا أَصَابَ، استحقَّ الدينارَ، وتكونُ تلك الإصابةُ محسوبةً من معاملته التي هو فيها، قال الأصحاب؛ قياساً على هذا: لو كان يناضلُ رجلاً، والمشروطُ عَشْرُ قَرَعَاتٍ، فشرطُ أَنْ يناضلَ بها ثانياً، ثم ثالثاً إلى غير ضبطٍ، وإذا فازَ بها، كان ناضِلاً لهم جميعاً، جاز.

قال الإمام^(١): هذا دليلٌ على انقطاع هذه المعاملة عن مُضَاهَاةِ الإجارة؛ لأنها لو كانت مثلاً لما استحقَّ بعمل واحد مَالَيْنِ عن جهتين، وسببُ استحقاقِ المالِ فيها الشرطُ، لا رجوعُ العملِ إلى الشارط.

المسألة الرابعة: اختلفوا في تفسيرِ الحَابِي، فقليل: هو السهمُ الذي يقع بين يَدَيِ الغَرَضِ، ثم يزحفُ إليه، فيصيبه. من قولهم: حَبَا الصَّبِيَّ، وهو كالمزْدَلِفِ، إِلَّا أَنَّ الحَابِيَّ أضعفُ حركةً منه.

وقيل: هو الذي يصيبُ الهدفَ حوالي الغرضِ.

وقيل: هو القريبُ من الهدفِ، كأن صاحبه يُحَابِي، ولا يريدُ إصابةَ الهدفِ، ويروى هذا التفسيرُ عن الرَّبِيعِ^(٢)، ولم يجعلْ كثيرٌ من الأصحابِ الحَوَابِيَّ صفةً السَّهَامِ، لكن قالوا: الرميُّ ثلاثة: المُبَادَرَةُ، والمُحَاظَّةُ، والحَوَابِي، وهو أَنْ يرميَا على أَنْ يسقطَ الأقربُ والأسدُّ الأبعد، إذا ثبت هذا، فلو شرطوا احتسابَ القريبِ من الغَرَضِ، نُظِرَ:

إِنْ ذكروا حَدَّ القُرْبِ مِنْ ذراعٍ، أو أَقْلَ، أو أَكْثَرَ، جاز، وصارَ الحَدُّ المضبوطُ، كالغَرَضِ، وصارَ الشَّنُّ في وسطهِ كالدَّارَةِ.

وإنْ لم يذكروا حَدَّ القُرْبِ، فَإِنْ كان هناك للرماةِ عادةٌ مُطَرَّدَةٌ، حُمِلَ العقدُ عليها، كما تُحْمَلُ الدراهمُ المُطلقة على النقدِ الغالبِ، وإنْ لم تكن عادةٌ مُطَرَّدَةٌ فوجهان.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٨).

(٢) هو الربيع بن سليمان المرادي. قال المصنفُ في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٧): «الرَّبِيعُ حيث أطلق في كتب المذهب، المراد به: المرادي، وإذا أرادوا الجيزيَّ قَيَدُوهُ بالجيزيَّ».

أصحُّهما: بطلانُ العقد؛ للجهالة.

والثاني: الصَّحَّة، فعلى هذا وجهان.

أحدهما: يحملُ على أنَّ الأقربَ يسقطُ الأبعدَ كيف كان.

والثاني: يحملُ على إسقاطِ البعيدِ، أو الأقربَ للأبعدِ.

أمَّا إذا قالَا: يرمي عشرين رَشْقاً على أنَّ يسقطُ الأقربُ الأبعدَ، فمن فَضَّلَ له خمسةٌ، فهو ناضِلٌ، فهو صحيحٌ [١١٩٦ / أ] والشرطُ متبعٌ.

وعن «الحاوي» ما يشيرُ إلى خلافه، والمذهبُ: الأولُ؛ لأنه ضَرَبُ مِنَ الرميِّ معتادٌ للرماةِ، وهو ضَرَبُ مِنَ الْمُحَاطَةِ، وحينئذٍ فَإِنْ تساوتِ السَّهَامُ فِي الْقُرْبِ والبُعدِ، فلا ناضِلَ، ولا مُنْضُولَ. وكذا لو تساوى سَهْمَانِ فِي الْقُرْبِ، أحدهما لهذا، والآخرُ للآخرِ، وكان باقي السَّهَامِ أبعدَ. ومهما كان بين سَهْمِ أحدهما وبين الغَرَضِ قَدْرٌ شَبِيرٌ، وبين سَهْمِ الآخرِ والغَرَضِ دُونَ شَبِيرٍ، أسقطَ الثاني الأولَ؛ فَإِنْ رمى الأولُ بعدَ ذلك، فوقَ أقربَ، أسقطَ ما رماه الثاني.

ولو وقعَ سهمُ أحدهما قريباً من الغَرَضِ، ورمى الآخرُ خمسةً، ف وقعت أبعدَ من ذلك السهمِ، ثم عادَ الأولُ، فرمى سَهْماً، فوقَ أبعدَ من الخمسةِ، سقطَ هذا السهمُ بالخمسةِ، وسقطتِ الخمسةُ بالأولِ.

ولو رمى أحدهما خمسةً، فوقعتَ قريبةً من الغَرَضِ، وبعضُها أقربُ مِنْ بعضٍ، ثم رمى الثاني خمسةً، فوقعتَ أبعدَ من خمسةِ الأولِ، سقطتِ خمسةُ الثاني بخمسةِ الأولِ، ولا يسقطُ من خَمْسَةِ الأولِ شيءٌ وَإِنْ تفاوتتْ فِي الْقُرْبِ؛ لأنَّ قَرِيبَ كُلِّ وَاحِدٍ يَسْقُطُ بَعِيدَ الْآخَرِ، ولا يسقطُ بعيدُ^(١) نفسه، هذا هو الصحيح المنصوصُ وبه قطع الجمهورُ.

وقيل: يسقطُ بعيدُ نفسه، كما يسقطُ بعيدُ غيره.

ولو وقعَ سهمُ أحدهما بَقُرْبِ الغَرَضِ، وأصابَ سهمُ الآخرِ الغَرَضَ، فالمنقولُ أنَّ الثاني يسقطُ الأولُ، كما يسقطُ الأقربُ الأبعدَ.

(١) في (ظ)، والمطبوع: «بعد»، خطأ.

ولك أَنْ تقولَ: إنَّ^(١) كان الشرطُ أَنَّ الأسدَّ، أو الأصوبُ يُسقطُ غيره، وأنَّ الأقربَ يُسقطُ الأبعدَ على معنى: الأقربُ إلى الصوابِ، فهذا صحيحٌ، وإنَّ كان الشرطُ^(٢) أَنَّ الأقربَ إلى الغرضِ يُسقطُ الأبعدَ عنه، فينبغي أَنْ يتساويا.

ولو أصاب أحدهما الرقعةُ في وسطِ الغرضِ، والآخَرُ الغرضَ خارجَ الرقعةِ، أو أصابا خارجَ الرقعةِ، وأحدهما أقربَ إليها، فقد حكى الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ بعضِ الرماةِ؛ أَنَّ الذي أصابَ الرقعةَ، أو كان أقربَ إليها يسقطُ الآخرَ.

قال: والقياسُ عندي أنهما سواء، وإنما يُسقطُ القريبُ البعيدَ إذا كانا خارجين عن الشَّنِّ، وفي هذا تأكيدٌ لما استدركناه. وعدَّ صاحبُ «الحاوي» المذهبين وجهين، ونقلَ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ عَنْ بعضِ الرُّماةِ أَنَّهُ قال: القريبُ الذي يُسقطُ البعيدَ هو الساقطُ، وهو السهمُ الذي يقعُ بين يَدَيِ الغرضِ، والعاضدُ، وهو الذي يقعُ^(٣) في اليمينِ، أو اليسارِ دونَ الخارجِ، وهو الذي يتجاوزُهُ ويقعُ فوقَهُ.

قال الشافعيُّ: والقياسُ أَنَّهُ لا فَرْقَ؛ لَوْ قَوَّعَ اسمَ القريبِ [على الجميع]. قال الإمامُ^(٤): وإذا شَرَطَا احتسابَ القريبِ [٥] من الغرضِ؛ فالاعتبارُ بموضعِ ثبوتِ السهمِ واستقراره، لا بحالةِ المرورِ، حتَّى لو قَرُبَ مروزُهُ مِنَ الغرضِ، ووقعَ بعيداً منه، لم يحتسبَ به إِلاَّ إذا شَرَطَ اعتبارَ حالةِ المرورِ. ولو شرطاً أَنَّ ما أصابَ القِرْطاسَ أسقطَ ما وقعَ حوَالَيْهِ، فقد حكى الإمامُ^(٦)، والغزاليُّ في صحته قولين، حكَيَاهُمَا عن نقلِ العراقيَّينِ.

ووجهُ المنعِ أَنَّهُ تعسَّرُ إصابةُ الوسطِ، وقد يصيهُ الأخرقُ اتفاقاً، وهذا النقلُ لا يكاد يوجد في كتبِ الأصحابِ، والمفهومُ من كلامهم القطعُ باتِّباعِ الشرطِ.

(١) في (ظ)، والمطبوع: « وإن ».

(٢) في المطبوع زيادة: « الأول »، مُقحمة.

(٣) كلمة: « يقع »، ساقطة من (أ).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٦٦ - ٢٦٧).

(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت من (أ، س).

(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٨٨).

الخامسة: النَّكَبَاتُ: هي ^(١) التي تَطْرَأُ عند الرمي، وَتَهْوِشُهُ ^(٢)، وَذَلِكَ يَعْمُ شَرْطُ الْقَرْعِ، وَالْخَشَقِ، وَغَيْرِهِمَا، وَالْأَصْلُ أَنَّ السَّهْمَ مَتَى وَقَعَ مُبَاعِداً تَبَاعِداً مُفْرَطاً؛ إِذَا مُقْصِراً عَنِ الْغَرَضِ، وَإِمَّا مُجَاوِزاً لَهُ، نَظَرَ:

إِنْ كَانَ ذَلِكَ [١١٩٦ / ب]؛ لِسُوءِ الرَّمِي، حُسِبَ عَلَى الرَّامِي، وَلَا يُرَدُّ إِلَيْهِ السَّهْمُ لِرَمِي بِهِ، وَإِنْ كَانَ لِنَكْبَةٍ عَرَضَتْ، أَوْ خَلَلٍ فِي آلَةِ الرَّمِي بِغَيْرِ تَقْصِيرٍ مِنَ الرَّامِي، فَذَلِكَ السَّهْمُ غَيْرُ مُحْسُوبٍ عَلَيْهِ، وَيُوضَّحُ هَذَا الْأَصْلُ بِصُورٍ.

إحداها: إِذَا عَرَضَ فِي مُرُورِ السَّهْمِ إِنْسَانٌ، أَوْ بِهِمَةٌ فَمَنَعَ السَّهْمَ، أَوْ حَدَثَ فِي يَدِهِ عِلَّةٌ، أَوْ رِيحٌ، أَخَلَّتْ بِالرَّمِي، لَمْ تَحْسَبْ تِلْكَ ^(٣) الرَّمِيَّةُ عَلَيْهِ؛ فَيَعِيدُهَا؛ لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ.

وَلَوْ انْقَطَعَ الْوَتَرُ، أَوْ انْكَسَرَ السَّهْمُ، أَوْ الْقَوْسُ؛ إِنْ كَانَ بِتَقْصِيرِهِ، وَسُوءِ رَمِيهِ، حُسِبَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ لَضَعْفِ آلَةٍ، وَغَيْرِهِ، لَا لِتَقْصِيرِهِ وَإِسَاءَتِهِ، لَمْ تُحْسَبْ، كَمَا لَوْ حَدَثَ فِي يَدِهِ عِلَّةٌ، أَوْ رِيحٌ.

وَقِيلَ: إِنْ وَقَعَ السَّهْمُ عِنْدَ هَذِهِ الْعَوَارِضِ قَرِيباً مِنَ الْغَرَضِ، حُسِبَ عَلَيْهِ، حَكَاهُ الْإِمَامُ ^(٤)، عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ ^(٥).

وَقِيلَ: إِنْ وَقَعَ السَّهْمُ مُجَاوِزاً لِلْغَرَضِ، حُسِبَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَجَاوِزَةَ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْعَارِضَ لَمْ يُوَثِّرْ، وَإِنَّمَا هُوَ لِإِسَاءَتِهِ، وَالْأَوَّلُ: هُوَ الصَّحِيحُ الْمَنْصُوصُ؛ لِأَنَّ الْخَلَلَ يُوَثِّرُ تَارَةً فِي التَّقْصِيرِ، وَتَارَةً فِي الْإِسْرَافِ، فَإِنْ قُلْنَا: تُحْسَبُ عَلَيْهِ، فَلَوْ أَصَابَ حُسِبَ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالْمَنْصُوصِ: إِنَّهُ لَا يُحْسَبُ عَلَيْهِ، فَأَصَابَ، حُسِبَ لَهُ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ مَعَ النَّكْبَةِ تَدُلُّ عَلَى جُودَةِ الرَّمِي.

(١) كلمة: «هي»، ساقطة من (س، أ).

(٢) وَتَهْوِشُهُ: التَّهْوِيشُ: الاختلاط. وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٢١٩): «وتشوُّشه». قال في المصباح: شوَّشْتُ عَلَيْهِ الْأَمْرَ تَشْوِيشاً: خَلَطْتُهُ عَلَيْهِ، فَتَشَوَّشَ. وقال بعضُ الحُذَاقِ: هي كلمة مَوْلُدة، والفصيحُ: هَوَّشْتُ.

(٣) قوله: «أو حدث في يده لم تحسب تلك»، ساقط من المطبوع، وبدلته فيه: «أو القوس إن كان لتقصيره وسوء رميه حسب عليه وإن».

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٥٩).

(٥) أبو إسحاق: هو المَرْزُوقِيُّ، إبراهيم بن أحمد. سلفت ترجمته.

ثم في « كتاب ابن كَجَّ » أَنَّ الانقطاع والانكسار إنما يؤثّر حدوثهما قبل خروج^(١) من القوس، وأمّا بعده، فلا أثر له.

وصوّر البَعْوَيُّ^(٢) انكسار السهم فيما^(٣) إذا كان بعد خروجه من القوس، وجعلهُ عُذْرًا.

ولو انكسر السهم نصفين بلا تقصير، وأصاب أحد نصفيه الغرض إصابةً شديدةً، فثلاثة أوجه.

أحدها: لا تُحَسَبُ.

والثاني: تُحَسَبُ الإصابة بالنصف الأعلى، وهو الذي فيه الفُوقُ دون الذي فيه النَّصْلُ.

والثالث، وهو الصحيح، وبه قطع العراقيّون، والأكثرُونَ، وهو المنصوصُ: تُحَسَبُ الإصابة بالنصف الذي فيه النَّصْلُ دون الأعلى.

ولو أصاب بالنصفين، لم تُحَسَبْ إصابَتَيْنِ، وكذا لو رمى سهمين دفعةً واحدةً، ذكره ابن كَجَّ.

ولو خاد السهم عَنْ سَنَنِ الْهَدَفِ، وخرجَ عن السَّمَاطَيْنِ، حُسِبَ عليه؛ لسوء رَمِيهِ. ولو رمى إلى غيرِ الجهة التي فيها الهدفُ، فهذا اشتغالٌ بغيرِ النَّصَالِ الذي تعاقداً عليه، فلا يُحَسَبُ عليه.

الثانية: كان في الغرضِ سهمٌ، فأصاب سهمُهُ فُوقَ ذَلِكَ السَّهْمِ، نُظِرَ:

إِنْ كَانَ ذَلِكَ السَّهْمُ تَعَلَّقَ بِهِ، وَبَعْضُهُ خَارِجٌ، لَمْ يَحْسَبْ لَهُ؛ لَأَنَّهُ لَا يَدْرِي هَلْ كَانَ يَبْلُغُ الْغَرَضَ لَوْ لَا هَذَا السَّهْمُ، وَلَا يَحْسَبُ عَلَيْهِ أَيْضًا؛ لَأَنَّهُ عَرَضَ دُونَ الْغَرَضِ عَارِضٌ؛ فَإِنْ شَقَّه، وَأَصَابَ الْغَرَضَ، حُسِبَ، وَقَدْ يَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فِي الْبُهِيمَةِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ السَّهْمُ قَدْ غَرِقَ فِيهِ، حَسِبَ إصَابَةً، وَإِنْ كَانَ الشَّرْطُ الْحَسَقُ، لَمْ يَحْسَبْ لَهُ، وَلَا عَلَيْهِ؛ لَأَنَّهُ لَا يَدْرِي هَلْ كَانَ يَخْسِقُ، أَمْ لَا؟ وَيَنْبَغِي أَنْ يَنْظَرَ إِلَى

(١) في المطبوع: « خروجه ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩١ - ٩٢).

(٣) في المطبوع: « فيها ».

ثبوتَه فيه، وتقاسُ صلابَةُ ذلك السهم بصلابة الغرضِ، كما سبقَ نظيرُهُ. ولو أغرقَ الرامي^(١)، وبالغَ في المدِّ حتَّى دخلَ النَّصْلُ مَقِيضَ القوسِ، ووقعَ السهمُ عنده، فالنَّصْلُ إلحاقُهُ بانكسارِ القوسِ، وانقطاعِ الوترِ، ونحوهما؛ لأنَّ سوءَ الرمي أن يُصيبَ غيرَ ما قصدُهُ، ولم يوجَدَ هذا هنا.

وعن صاحب « الحاوي » [١١٩٧ / أ]: أنه يُحسَبُ عليه.

وقال ابنُ القطَّانِ: إن بلغَ مدئُ الغرضِ، حُسِبَ عليه، وإلَّا، فلا.

الثالثة: الرِّيحُ اللَّيْنَةُ، لا تؤثِّرُ، حتَّى لو رمَى زائلاً عن المُسامَنة، فردَّته الرِّيحُ اللَّيْنَةُ، أو رَمِيًّا ضعيفاً، فقوَّتُهُ، فأصابَ، حُسِبَ له.

وإن صرَفَتْهُ عن السَّمَتِ بعضَ الصَّرفِ، فأخطأ، حُسِبَ عليه؛ لأنَّ الجَوَّ لا يخلو عن الرِّيحِ اللَّيْنَةِ غالباً، ويضعفُ تأثيرُها في السهم مع سُرعة مُروره. وقيل: يمنعُ الاحتسابُ له، وعليه.

وقيل: يمنعُ الاحتسابُ عليه، والصحيحُ: الأولُ. ولو كانتِ الرِّيحُ عاصِفةً، واقتَرنتُ بابتداءِ الرمي، فوجهان.

أحدُهما، وهو ظاهرُ النصِّ، وبه أجاب الإمام^(٢)، والغزاليُّ: لا يؤثِّرُ؛ لأنَّ ابتداءَ الرمي، والرِّيحَ عاصِفةً تقصيرُ، ولأنَّ للرَّماةَ حَدَقاً في الرمي وقتَ هبوبِ الرِّيحِ ليصيبوا، فإذا أخطأ، فقد تركَ ذلك، وظهرَ سوءَ رَمِيهِ.

وأصَحُّهما، وهو قولُ ابنِ سَلَمَةَ، وبه قطعَ العراقيونَ، وغيرُهم: لا يحسَبُ له، إنَّ أصابَ لقوَّةَ تأثيرِها؛ ولهذا يجوزُ لكلِّ واحدٍ تركُ الرمي إلى أن تَرَكَّدَ، بخلافِ اللَّيْنَةِ.

ولو هَجَمَ هبوبُ العاصفةِ بعدَ خروجِ السهم من القوسِ، فمَقْتَضَى الترتيب أن يقالَ: إن قلنا: اقتَرانُها مؤثِّرٌ، فهبوبُها أُولَى، وإلَّا فوجهان.

أحدُهما: أنها كالنَّكَبَاتِ العارِضةِ.

(١) أغرقَ الرامي في القوس: استوفى مدَّها (المصباح: غ ر ق).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٦١).

والثاني: المنع؛ لأن الجوَّ لا يخلو عن الريح، ولو فُتِحَ هذا الباب، لتعلَّقَ به المُخطئون، وطالَ النزاعُ، والمذهبُ: أنه إنْ أخطأ في الهُجوم، لا يُحسَبُ عليه، وإنْ أصاب، فهل يُحسَبُ له؟ فيه الخلافُ في السهم المُزدَلِفِ.

وقال الشيخ أبو إسحاق^(١): عندي أنه لا يُحسَبُ له قطعاً؛ لأننا لا نعلم أنه أصاب بِرَمِيهِ^(٢).

ولو هَبَّت رِيحٌ نقلتِ الغَرَضَ إلى موضعٍ آخَرَ، فأصاب السهمُ الموضعَ المنتقل عنه، حُسِبَ له، إنْ كان الشرطُ الإصابةَ على الصحيح، وإنْ كان الخُسُقُ، نسبتْ صلابَةُ الموضعِ بصلابة الغَرَضِ.

ولو أصاب الغرض في الموضع المنتقل إليه، حُسِبَ عليه، لا له.

ولو أزالَتِ الرِيحُ الغَرَضَ حتَّى استقلَّ^(٣) السهم، فأصابه السهم، قال ابنُ كَجٍّ: لا يحسب له.

الفصل الثاني: في حُكْمِ المُنَاضِلَةِ: جَوَازاً وَلُزُوماً

وفي كونها لازمةً، أو جائزة قولان، كما سبق في المسابقة، فإن قلنا: تلزَمُ، انفسختْ بموتِ أحدهما، كالأجيرِ المعين.

ولو مرضَ أحدهما، أو أصابه رَمَدٌ، ونحوه، لم يفسخ العقد؛ بل يؤخَّرُ الرمي، وفي المسابقة يحصلُ الانفساخُ بموتِ الفَرَسِ؛ لأنَّ التعويلَ عليه، ولا يحصلُ بموتِ الفارسِ؛ بل يقومُ الوارثُ مقامَهُ.

وقيل: فيه احتمالٌ؛ لأنَّ للفارسِ أثراً ظاهراً، وإلزامُ الوارثِ على المسابقة كالمستبعد، ولا يجوزُ لهما إلحاقُ زيادةٍ في عدد الأرشاق ولا عددِ الإصاباتِ، وطريقُهُما إنْ أرادَا ذلك أنْ يفسخا العقدَ، ويستأنفا عقداً.

وليس للمناضِلِ أنْ يترك النضالَ ويجلسَ؛ بل يُلزَمُ به، كمن استؤجِرَ لخيطةٍ، ونحوها، ويحبسُ على ذلك ويعزَّرُ، هذا إذا كان مَفْضولاً، أو كان له الفضلُ؛

(١) هو الشيخ أبو إسحاق الشيرازي كما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٢٢).

(٢) (المهذب: ٣ / ٦٠٥).

(٣) في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٢٢): «استقبل».

ولكن توقَّع صاحبه أَنْ يُدْرِكَهُ، فيساويه، أَوْ يَفْضُلُهُ، أمَّا إذا لم يتوقَّع الإدراك؛ بَأَنْ شرطاً إصابة خمسة من عشرين، [١١٩٧ / ب] فأصاب أحدهما خمسة، والآخر واحداً ولم يَبْقَ لكل واحدٍ إلَّا رَمِيتان، فلصاحبِ الخمسة أَنْ يجلسَ، ويترك الباقي، لهذا تفرُّع قول الزوم، أمَّا إذا قلنا بالجواز فتفرَّع عليه مسألتان.

إحداهما: تجوزُ الزيادة في عددِ الأرشاقِ والإصاباتِ، وفي المالِ بالتراضي.

وفي الجميعِ وجهٌ، ليس بشيء. وهل يستبدُّ أحدهما بالزيادة؟ ثلاثة أوجوه.

أصحُّها: نَعَمْ؛ لجوازِ العقدِ، فإن لم يرضَ صاحِبُهُ، فليفسخ.

والثاني: لا؛ إذ لا بُدَّ في العقد من القَبول.

والثالث: يجوزُ الإلحاقُ للفاضلِ، والمساوي دون المفضول؛ لئلا يتخذ المفضولُ ذلك ذريعةً إلى إبطالِ النَّضالِ، ومَتَى يصيرُ مفضولاً؟ وجهان.

أحدهما: متى زاد صاحِبُهُ بإصابة واحدة.

وأصحُّهما: لا تكفي إصابة وإصابتان؛ بل لا يصير مفضولاً إلَّا إذا قَرَّبَ صاحِبُهُ من الفوز.

واعلم: أَنَّ الوجهَ المذكورَ في أنه لا يجوزُ إلحاقَ الزيادة والنقص بالتراضي، والوجه الآخر في أنه ليس لأحدهما الاستبدادُ، يطردان في المسابقة، وإن لم يذكرهُما هناك، وفي الجعالة إذا زادَ الجاعِلُ في العملِ كان مُتَّهماً، كالمفضولِ، ففي زيادتهِ الخلافُ، فإن لم تلحقِ الزيادةُ بها، فذاك، وإن ألحقناها وقد عملَ العاملُ بعضَ العملِ، ولم يرضَ بالزيادة، فسَخَ العقد.

قال الإمام^(١): والوجهُ أَنْ تثبتَ له أجرُهُ المثل؛ لأن التركَّ بسبب الزيادة، بخلاف ما إذا تركَ في أثناء العملِ بلا عُدْرٍ؛ فإنه لا يستحقُّ شيئاً.

المسألة الثانية: يجوزُ لكلٍ منهما - على هذا القولِ - تأخيرُ الرمي والإعراض عنه من غيرِ فسْخٍ، وكذا الفسخُ إذا لم يكنِ المعْرِضُ مفضولاً مُتَّهماً؛ فإن كان، فهل له أَنْ يجلسَ، ويترك النَّضالَ؟ وجهان كما ذكرنا في المسابقة.

قال الإمام^(١): وفي جواز فسخه الخلاف المذكور في الزيادة، ويُقضي الأمر إذا فرقنا بين المفضول وغيره إلى أن الحكم بأن العقد جائز مطلقاً مقصور على ما إذا لم يصِر أحدهما مفضولاً؛ فإن صار، لزم في حقه، وبقي الجواز في حق الآخر، وهذا الخلاف في نفوذ فسخ المفضول طرد في فسخ الجاعل الجعالة بعدما عمِل العامل بعض العمل، وكانت حصّة عمله من المسمّى تزيد على أجرة المثل.

ولو شرطاً في العقد أن لكل واحد أن يجلس، ويترك الرمي إن شاء، فسَدَ العقد، إن قلنا بلزومه، وكذا إن قلنا بجوازه، وقلنا: ليس للمفضول الترك، وإن قلنا: له ذلك، لم يضُر شرطه؛ لأنه مُقتضى العقد.

ولو شرطاً أن المُسَبِّق^(٢) إن جلس كان عليه السَّبْقُ، فهو فاسدٌ على القولين؛ لأن السَّبْقَ إنما يشرع في العمل.

ولو تناضلاً، ففَضَلَ أحدهما الآخر بإصابات، فقال المفضول: حُطَّ فَضْلَكَ، ولك عليّ كذا، لم يَجْزُ على القولين، سواء جَوَزْنَا إلحاق الزيادة، أم لا؛ لأنَّ حُطَّ الفضل، لا يقابل بمالٍ.

فصل: في مسائلٍ مَنُتَوَرِّةٍ تَتَعَلَّقُ بِالمُنَاضَلَةِ والمُسَابَقَةِ

لو كان أحد الراميين إذا أصاب، أطال الكلام بالتبجح والافتخار، وأضجر صاحبه، أو عَنَقَهُ إذا أخطأ، مُنِعَ منه.

ولو كَلَّمَ أحدهما رجُلٌ، قيل له: أجب جواباً وسطاً، ولا تُطَوِّلْ، ولا تَحْسِسْ [١١٩٨ / أ] القوم.

ولو تعلَّلَ بعدما رمى صاحبه بمسح القوس، والوتر، وأخذ النبل بعد النبل، والنظر فيه، قيل له: ازم، لا مستعجلاً، ولا متباطئاً.

ولو شرطاً أن تحسب لأحدهما الإصابة الواحدة الإصابتين، أو يحطَّ من إصاباته شيء، أو أنه إن أخطأ رُدَّ عليه سهم، أو سهمان؛ ليعيد رميهما، أو أن يكون

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٧٥ - ٢٧٦).

(٢) المُسَبِّق: مثقل، اسم مفعول: وهو الذي يسبقه غيره كثيراً (المصباح: س ب ق).

في يد أحدهما من النبل أكثر مما في يد الآخر، لم يَجْزُ؛ لأنَّ هذه المعاملة مَبْنِيَّةٌ ^(١) على التساوي.

ولا يجوزُ أَنْ يشرطَ خاسقُ أحدهما خاسقَيْن. ولو كان الشرطُ الحَوَائِي، فشرطاً أَنْ يحسبَ الخاسقُ حابِيَيْن، جاز، نصَّ عليه في « الأم »؛ لأنَّ الخاسقَ يختصُّ بالإصابة والثبوت، فجاز أَنْ تجعل تلك الزيادة مقامَ حابٍ.

وقيل : فيهما جميعاً قولان.

ولو تناضلاً، فرمياً بعضُ الأرشاق، ثم ملأ، فقال أحدهما للآخر: ازم، فإنَّ أصبَتْ فقد نضلتني، أو قال: أزمي أنا، فإنَّ أصبَتْ هذه الواحدة، فقد نضلتك، لم يَجْزُ؛ لأنَّ الناضلَ مَنْ ساوئُ صاحبه في عددِ الأرشاق، وفصله في الإصابة.

ولو تناضلاً، أو تسابقاً، وأخرج السَّبَقَ أحدهما، فقال أجنبيٌّ: شاركني فيه، فإنَّ غنمت، أخذتُ معك ما أخرجتُهُ، وإنَّ غرمت، غرمتُ معك، لم يَجْزُ، وكذا لو أخرجاه، وبينهما مُحَلٌّ، فقال أجنبيٌّ ذلك لأحدهما.

ولو عقَدَ المناضلةَ في الصحة، ودفعَ المالَ في مرض الموت، فهو من رأسِ المالِ إنَّ جعلناها إجارةً، وإن قلنا: جعالة، فوجهان.

ولو ابتدأ العقد في المرض، فيحتمل أَنْ يحسبَ من الثلث، ويحتمل أَنْ يُبنى على القولين، ذكره في « البحر ».

قلت: الأصحُّ، أو الصوابُ: القطعُ بأنه من رأسِ المالِ في صورتين، سواء قلنا: إجارة، أو جعالة؛ لأنه ليس بتبرُّع، ولا مُحَاباة فيه، فإذا كان ما يصرفُهُ في مَلَاذْ شهواتِهِ من طعام، وشراب، ونكاح، وغيرِهِ ممَّا لا ضرورةَ له إليه، ولا نَدْبُهُ الشرعُ إليه محسوباً من رأسِ المالِ، فالمسابقة التي ندبَ الشرعُ إليها، ويحتاجُ إلى تعلُّمها أُولَى؛ لكن هذا فيما إذا سابَقَ بِعَوَضِ المِثْلِ في العادة، فإن زاد، فالزيادةُ تبرُّعٌ من الثلث. والله أعلم.

وفي « البحر »: أنَّ الوليَّ ليس له صرفُ مالِ الصبيِّ في المسابقة والمناضلة ليتعلَّم. وأنَّ السَّبَقَ الذي يلتزمُهُ المتناضِلان يجوزُ أَنْ يكونَ عندهما، ويجوزُ وضعُهُ

عند عَدْلٍ، يثْقَانِ به، وهو أَحْوْطُ، وأبعدُ عن النزاع.

وأُنْهَمَا لو تَنَازَعَا، فقال أحدهما: يتركُ السَّبْقُ عندنا، وقال الآخر: بَلْ عند عَدْلٍ؛ فَإِنْ كَانَ دَيْنًا، أُجِيبَ الْأَوَّلُ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا، فَالثَّانِي.

وأنه لو قال أحدهما: نَضَعُهُ عند زيد، وقال الآخر: عند عَمْرٍو، اختارَ الْحَاكِمُ أَمِينًا، وهل يَتَعَيَّنُ أَحَدُ الْأَمِينِينَ المتنازِعِ فيهما، أم له أَنْ يَخْتَارَ غَيْرَهُمَا؟ وَجْهَانِ.

وأنه لا أَجْرَةَ لِلْأَمِينِ إِلَّا إِذَا اطَّرَدَ الْعُرْفُ بِأَجْرَةٍ لَهُ، فَوْجْهَانِ.

وفيه: أَنَّ الْمُحَلَّلَ يَنْبَغِي أَنْ يَجْرِيَ فَرْسُهُ بَيْنَ فَرْسِي الْمُتَسَابِقِينَ، فَإِنْ لَمْ يَتَوَسَّطْهُمَا، وَأَجْرَى بِجَنْبِ أَحَدِهِمَا، جَازَ، إِنْ تَرَاضِيَا بِهِ.

وأنه [١١٩٨ / ب] لو رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِعُدُولِهِ عَنِ الْوَسْطِ، وَلَمْ يَرْضَ الْآخَرُ، لَزِمَتْهُ التَّوَسُّطُ.

وأُنْهَمَا لو رَضِيََا بِتَرْكِ تَوَسُّطِهِ، وَقَالَ أَحَدُهُمَا: يَكُونُ عَنِ الْيَمِينِ، وَقَالَ الْآخَرُ: عَنِ الْيَسَارِ، لَزِمَ التَّوَسُّطُ.

وأنه لو تَنَازَعَ الْمُتَسَابِقَانِ فِي الْيَمِينِ وَالْيَسَارِ، أَقْرَعَ. قَالَ الشَّافِعِيُّ، رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «الْمَخْتَصَرِ»: لَا بَأْسَ أَنْ يُصَلِّيَ مُتَنَكِّبًا لِلْقَوْسِ، وَالْقَرْنِ، إِلَّا أَنْ يَتَحَرَّكَ عَلَيْهِ حَرَكَةٌ تَشْغَلُهُ، فَأَكْرَهُهُ، وَيَجْزئُهُ، وَالتَّنَكُّبُ: التَّقَلُّدُ، وَالْقَرْنُ، بَفَتْحِ الْقَافِ وَالرَّاءِ: هُوَ الْجَعْبَةُ الْمَشْقُوقَةُ، وَلَا بُدَّ مِنْ طَهَارَةِ ذَلِكَ.

وَلَا يُجَلَّبُ عَلَى الْفَرَسِ فِي السَّبَاقِ، وَهُوَ: أَنْ يَصِيحَ بِهِ الْقَوْمُ، لِيَزِيدَ عَدُوَّهُ؛ وَلَكِنْ يَرْكُضَانِ بِتَحْرِيكِ اللَّجَامِ، وَالِاسْتِحْثَاتِ بِالسَّوْطِ.

وَإِذَا وَقَفَ الْمُتَنَازِلَانِ فِي الْمَوْقِفِ، فَهَلْ يَحْتَاجُ مَنْ يَرْمِي إِلَى اسْتِئْذَانِ صَاحِبِهِ؟

قَالَ ابْنُ كَيْجٍ: عَادَةُ الرُّمَاءِ الْاسْتِئْذَانُ، حَتَّى إِنْ مَنْ رَمَى بِلَا اسْتِئْذَانٍ، لَا يُحْسَبُ مَا رَمَاهُ، أَصَابَ، أَمْ أَخْطَأَ، وَيَجِبُ اتِّبَاعُ عُرْفِهِمْ فِيهِ.

وَقَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: يُحْسَبُ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْاسْتِئْذَانِ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

٧٣ - كتاب الإيمان

فيه ثلاثة أبواب:

الأول: في نفس اليمين:

وللأئمة عبارات في حقيقة اليمين، أجودها وأصونها^(١) عن الانتقاص^(٢) والاعتراض عبارة البغوي^(٣)، قال: اليمين: تحقيق الأمر، أو توكيده بذكر اسم الله تعالى، أو صفة من صفاته. ويتعلق بالضبط مسائل.

إحداها: تنعقد اليمين على المستقبل، والماضي؛ فإن حلف على ماضٍ كاذباً، وهو عالم، فهي^(٤) اليمين الغموس؛ سُمِّيَتْ به^(٥)؛ لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار، وهي من الكبائر، وتتعلق بها الكفارة؛ فإن كان جاهلاً، ففي وجوب الكفارة القولان، فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً.

الثانية: من سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد، كقوله في حالة غضب أو لجأج^(٦)، أو عجلة، أو صلة كلام: لا، والله! وبلى، والله! لا تنعقد يمينه، ولا يتعلق به كفارة.

(١) في (أ)، والمطبوع: «وأصوبها».

(٢) في المطبوع: «الانتقاص».

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٧).

(٤) في المطبوع: «فهو».

(٥) في المطبوع: «غموساً» بدل: «به».

(٦) لجأج: اللجأج: تماحك الخصمين، وهو تباديهما (المصباح: ل ج ج).

ولو كان يحلفُ على شيء، فسبقَ لسانُهُ إلى غيره، فكذلك. وهذا كُلُّهُ يُسَمَّى: لغو اليمين.

وإذا حلفَ، وقال: لم أقصدِ اليمينَ، صدَّقَ. وفي الطلاقِ، والعِتاقِ، والإيلاء، لا يصدقُ في الظاهر؛ لتعلقِ حقِّ الغير به.

قال الإمامُ في «الفرقِ»: جرتِ العادةُ بإجراء ألفاظِ اليمين بلا قصدٍ، بخلاف الطلاقِ والعِتاقِ، فدعواها فيها تخالُفُ الظاهر، فلا يقبلُ.

قال: فلو اقترنَ باليمين ما يدلُّ على القصد، لم يُقبلَ قوله على خلافِ الظاهر.

الثالثة: إذا قالَ له^(١) غيره: أسألكَ بالله، أو أقسمُ عليكَ بالله، أو أقسمتُ عليكَ بالله: لتفعلنَ كذا؛ فإنَّ قصدَ به الشفاعةَ، أو قصدَ عقدَ اليمينِ للمخاطبِ، فليس بيمينٍ في حقِّ واحدٍ منهما.

وإنَّ قصدَ عقدَ اليمينِ لنفسه، كان يميناً على الصحيح، كأنه قال: أسألكَ، ثم حلفَ.

وقال ابنُ أبي هريرة: ليس بيمينٍ، وهو ضعيفٌ.

ويستحبُّ للمخاطبِ إبرارُهُ، فإنَّ لم يفعل، وحَنَثَ الحالفُ، لزَمَهُ الكفارةُ، وإنَّ أطلقَ، ولم يقصدْ شيئاً يحمل على الشفاعة [١١٩٩ / أ].

قلت: يُسنُّ إبرارُ المُقسِمِ، كما ذكر؛ للحديثِ الصحيح فيه^(٢)، وهذا إذا لم يكن في الإبرار مفسدة؛ بأنَّ تضمَّنَ^(٣) ارتكابَ مُحَرَّمٍ، أو مكروه.

ويكرهُ السؤالُ بوجهِ الله^(٤) تعالى، وردُّ مَنْ سأل

(١) كلمة «له» ساقطة من المطبوع. وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٠): «إذا قال لغيره».

(٢) الذي أخرجه البخاري (١٢٣٩) وأطرافه، ومسلم (٢٠٦٦) عن أبي عُمارة البراء بن عازب. قال: «أمرنا رسول الله ﷺ بسبع، ونهانا عن سبع: أمرنا بعبادة المريض، واتباع الجنابة، وتشميت العاطس، وإبرار المُقسِم...». (إبرار المُقسِم) أي: تصديقه وأن لا يحثه. (المُقسِم): الحالف.

(٣) في (أ): «يتضمن».

(٤) لما أخرجه أبو داود (١٦٧١) عن جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يسأل بوجه الله إلا الجنة»، وصححه الضياء في «المختارة»، والسيوطي في (الجامع الصغير، برقم: =

به^(١)؛ للحديث المعروف فيهما. والله أعلم.

الرابعة^(٢): يجوزُ تعقيبُ اليمينِ بالاستثناء، وهو قوله: **إِنْ شَاءَ اللَّهُ** [تعالى]^(٣)، **فَإِنْ عَقِبَ**، **لَمْ يَحْنَثْ** بالفعلِ المحلوفِ عليه، ولا كفارةً، وهل نقولُ: **انعقدتِ اليمينُ؟ وجهان**.

أحدهما: نعم، لكن المشيئة مجهولة، فلا يحنث، **نَقَلَهُ الرَّوْيَانِيُّ**.
والثاني: لا، **نَقَلَهُ الْبَغَوِيُّ**^(٤).

ويشترطُ أَنْ يَتَلَفَّظَ بالاستثناء، وَأَنْ يَقْصِدَ لَفْظَهُ، وَيَصِلَهُ بِالْيَمِينِ، فلا يسكتُ بينهما إِلَّا سَكَنَتْ لُطِيفَةً؛ لَتَذَكُّرٍ، أَوْ عِيٍّ^(٥)، أَوْ تَنْقُصٍ، كما ذكرنا في الطلاق، وَأَنْ يَقْصِدَ الاستثناءَ مِنْ أَوَّلِ اليمينِ، فلو قصده في خلال اليمينِ، فوجهان سبقا في الطلاق، وممن صحَّحه: الداركي، والقاضيان: أبو الطيّب، والرويانِي، وممن منعه: ابنُ القَطَّانِ، وابنُ المَرْزُبَانِ، وابنُ كَجَّ.

ولو قال: **إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَاللَّهِ! لأفعلنَ كذا، أو: لا أفعلُ كذا، صحَّ الاستثناءُ، وكذا لو قدَّم الاستثناءَ في الطلاقِ، والعِتَاقِ. وكذا لو قال: لفلانٍ عليَّ إِلَّا عَشْرَةَ دراهمٍ مئةَ درهمٍ، وفي هذه الصورة وجهٌ ضعيفٌ.**

وقال القاضي أبو الطيّب: لو قال: **إِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَنْتِ طالقٌ، وعبدي حُرٌّ، أو^(٦) إِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَنْتِ طالقٌ، عبدي حُرٌّ، لم تطلقِ، ولم يَغْتَقِ؛ لأنَّ حرفَ العطف قد يحذفُ مع إرادةِ العطفِ.**

= (٩٩٧٢)، وأورده المصنف في (رياض الصالحين، برقم: ١٨١٥) بتحقيقي، وهو مصير منه إلى تصحيحه، وقال السخاوي: «حديث غريب»، وفي إسناده سليمان بن معاذ التميمي. قال الحافظ المنذري: «تكلَّم فيه غير واحدٍ»، وانظر: (أذكار المصنف، ص: ٤٦٧) بتحقيقي.

(١) لما أخرجه أبو داود (١٦٧٢، ٥١٠٩)، والنسائي (٨٢ / ٥)، وغيره عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: «من استعاذ بالله، فأعذوه، ومن سألكم بالله، فأعطوه...». وصححه ابن حبان (٢٠٧١) موارد، والحاكم في (المستدرک: ١ / ٤١٢)، ووافقه الذهبي، وصححه أيضاً المصنف في (رياض الصالحين: ١٨١٦)، و(الأذکار، رقم: ١٢١٤).

(٢) في المطبوع: «الرابع» خطأ.

(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٠٧).

(٥) في (ظ): «أو وغي».

(٦) في المطبوع زيادة: «قال».

وَعَدُّ^(١) من هذا القبيل قولنا: « التحيَّاتُ، المُبارَكَاتُ، الصَّلَوَاتُ »^(٢) وليكن هذا فيما إذا نوى صرف الاستثناء إليهما جميعاً؛ فإن أطلق فيشبه أن يجيء خلاف في أنه يختص بالجملة الأولى، أم يعمُّهما ؟

ولو قال: أنت طالق، وعبدى حرٌّ، إن شاء الله، فيجىء الخلاف في أنه يختص بالجملة الثانية أم يعمُّهما ؟.

قلت: الصحيح: التعميم في صورتين. والله أعلم.

ولو قال: عبدى حرٌّ، إن شاء الله، وامرأتى^(٣) طالق، ونوى صَرَفَ الاستثناء إليهما، صحَّ، ذكره ابنُ كَجَّ. وكما يجوز أن يقدم الاستثناء ويؤخره، يجوز أن يوسِّطه.

ولو قال: والله ! لأفعلنَّ كذا إن لم^(٤) يشأ الله، أو: إلَّا أن يشاء الله، ففيه خلافٌ، كما سبق في نظيره في الطلاق، والأصحُّ عند ابنِ كَجَّ في قوله: إلَّا أن يشاء الله؛ أنه لا يَحْنُثُ. وقال إبراهيم المَرْوُذِيّ: ^(٥) إن قال: والله ! لأفعلنَّ إلَّا أن يشاء الله، ولم يفعل، حَنِثَ، وإن قال: والله ! لا أفعلُ^(٦) كذا إلَّا أن يشاء الله، فلم يفعل، لم يَحْنُثْ، وإن فعل، حَنِثَ.

فرَّغ: قال: والله ! لأدخُلَنَّ هذه الدارَ اليومَ إلَّا أن يشاء زيدٌ، وقصدَ إلَّا أن يشاء أن لا أدخلها، فقد عقدَ اليمين على الدخول؛ فإن دخلها في ذلك اليوم، أو لم يدخُلْ، وشاء زيدٌ أن لا يدخُلْ، لم يَحْنُثْ، وإن شاء أن يدخُلْ فلم يدخُلْ، حَنِثَ. وكذا لو لم يعرف مشيئته^(٧)؛ بأن مات^(٨)، أو أغمي عليه حتَّى مضى اليوم، حَنِثَ، هكذا نقله المُرْنَبُيُّ عن النصِّ.

(١) كلمة: « عَدُّ » ساقطة من المطبوع.

(٢) طرفٌ من تشهيدِ ابنِ عباسٍ، أخرجه مسلم (٤٠٣)، وانظر: (الأذكار للمصنف ص: ٩٤ - ٩٥).

(٣) في المطبوع: « أو امرأتى »، بدل: « وامرأتى »، خطأ.

(٤) كلمة: « لم » لم ترد في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٣).

(٥) في المطبوع: « المَرْوُذِي »، تحريف.

(٦) في المطبوع: « لأفعلنَّ » بدل: « لا أفعل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٣).

(٧) في المطبوع: « مشيئة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٣).

(٨) في المطبوع: « جُنَّ » بدل: « مات »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٣).

ولو قال: وألله! لا أدخل إلا أن يشاء زيد الدخول؛ فإن لم يدخل، لم يحنث، وإن دخل وقد شاء زيد دخوله قبل أن يدخل^(١)، لم يحنث أيضاً، وإن^(٢) شاء أن لا يدخل، حنث، ولا تغني مشيئة الدخول بعد ذلك. وإن لم يعرف مشيئته، فرواية الربيع، عن الشافعي، رحمته الله: أنه لا يحنث [١١٩٩ / ب]، والروايتان مختلفتان والصورتان متشابهتان، وللأصحاب فيهما طريقان.

أحدهما: القطع بالحنث، وحمل رواية الربيع على ما إذا لم يحصل اليأس من مشيئته^(٣)، أو أنه رجع عنه، ولم يعلم الربيع رجوعه.

والثاني: فيهما قولان.

أظهرهما: يحنث؛ لأن المانع من حنثه المشيئة وقد جعلناها.

والثاني: لا؛ للشك.

ولو قال: وألله! لأدخلن إن شاء فلان؛ إن دخل، فاليمين معلقة بالمشيئة، فلا تنعقد قبلها، ولا حكم للدخول قبلها، فإن شاء انعقدت؛ فإن دخل بعده، برّ، وإلا حنث. وينظر: هل قيد الدخول بزمان أم^(٤) أطلق؟ وعند الإطلاق عمره وقت الدخول، فإن مات قبله، حكمنا بالحنث قبيل^(٥) الموت، وإن شاء فلان أن لا يدخل، أو لم يشأ شيئاً، أو لم تُعرف مشيئته، فلا حنث؛ لأن اليمين لم تنعقد، وكذا لو قال: واللّه! لا أدخل إن شاء فلان أن لا أدخل، فلا تنعقد يمينه حتى يشاء فلان أن لا يدخل.

الخامسة: الحلف بالمخلوق مكروه، كالنبي، والكعبة، وجبريل^(٦)

والصحابه، والآل.

(١) في المطبوع: «ذلك»، بدل: «أن يدخل»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٣٣).

(٢) في المطبوع زيادة: «كان».

(٣) في المطبوع: «مشيئة».

(٤) في المطبوع: «أو» بدل: «أم».

(٥) في المطبوع: «قبل» بدل: «قبيل».

(٦) هو الملك الكريم، الذي ينزل بالوحي، وتبلغ رسالات الله تعالى إلى الرسل عليهم الصلاة والسلام. وقد تظاهرت الأدلة على عظم مرتبته عليه السلام، وكان يأتي النبي ﷺ في صورة دحية الكلبي رضي الله عنه. انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٦٤ - ٣٦٩).

قال الشافعي رحمته الله : أخشى أن يكون الحلف بغير الله تعالى معصيةً .

قال الأصحاب : أي : حراماً وإثمًا ، فأشار إلى تردّد فيه .

قال الإمام^(١) : المذهب^(٢) القطع بأنه ليس بحرام ؛ بل مكروه .

ثم من حلف بمخلوق ، لم تنعقد يمينه ، ولا كفارة في حثّه .

قال الأصحاب : فلو اعتقد الحالف بالمخلوق^(٣) في المحلوف به من التعظيم ،

ما يعتقده في الله تعالى كفرًا ، وعلى هذا يُحمل ما روي أن النبي ﷺ قال : « مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى فَقَدْ كَفَرَ »^(٤) .

ولو سبق لسانه إليه بلا قصد لم يوصف بكراهة ؛ بل هو لغو يمين ، وعلى هذا يُحمل ما ثبت في « الصحيحين » : أن النبي ﷺ قال : « أَفْلَحَ ، وَأَبِيهِ ! إِنْ صَدَقَ »^(٥) .

السادسة : إذا قال : إِنْ فعلتُ كذا ، فأنا يهوديٌّ ، أو نصرانيٌّ ، أو بريءٌ من الله تعالى ، أو من رسول الله ﷺ ، أو من الإسلام ، أو من الكعبة ، أو مُستحلٌّ

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٠٢) .

(٢) في المطبوع : « والمذهب » .

(٣) كلمة : « بالمخلوق » ساقطة من المطبوع .

(٤) أخرجه - من حديث ابن عمر - أحمد (٢ / ١٢٥) ، وأبو داود (٣٢٥١) ، والترمذي (١٥٣٥) ، وصححه ابن حبان (١١٧٧) موارد ، والحاكم في (المستدرک : ٤ / ٢٩٧) ، وقال الذهبي في (الكبائر ص : ٦٧) بتحقيقه : « إسناده على شرط مسلم » ، وقال الترمذي : « هذا حديث حسن ، وفُسِّرَ هذا الحديث عند بعض أهل العلم ؛ أن قوله : « فقد كفر ، أو أشرك » على التغليظ .

(٥) أخرجه مسلم في الإيمان (١١ / ٩) ، من حديث طلحة بن عبيد الله ، وهو في البخاري (٤٦) ، وأطرافه ، ومسلم (١١) بلفظ : « أَفْلَحَ إِنْ صَدَقَ » . قال الحافظ ابن الأثير في (جامع الأصول : ١ / ٢٢٤) : « أَفْلَحَ وأَبِيهِ : كلمة جارية على السنة العرب ، تستعملها كثيراً في خطابها ، وتريد بها : التأكيد ، وقد نهى رسول الله ﷺ أن يحلف الرجل بأبيه ، فيحتمل أن يكون هذا القول منه قبل النهي ، ويحتمل أن يكون جرى منه على عادة الكلام الجاري على الألسن ، وهو لا يُقصدُ به القسم ، كاليمين المعفو عنها من قبيل اللغو ، أو أنه أراد به التوكيد ، لا اليمين ؛ فإن هذه اللفظة تجري في كلام العرب على ضربين : للتعظيم ، وللتأكيد ، والتعظيم هو المنهني عنه ، وأمّا التوكيد ، فلا ، كقوله :

لَعَمْرُ أَبِي الْوَاشِينَ لَا عَمْرٍَ غَيْرِهِمْ لَقَدْ كَلَفْتَنِي خَطَاةً لَا أُرِيدُهَا

فهذا توكيد ؛ لأنه لا يقصدُ أن يُقسَمَ بأبي الواشين ، وهذا في كلامهم كثير .

للخمر^(١)، أو الميتة، لم يكن يميناً، ولا كفارة في الحنث به^(٢).

ثم إن قصَدَ بذلك تبعيد نفسه عنه لم يكفر، وإن قصَدَ به الرضا بذلك، وما في معناه إذا فعله، فهو كافر في الحال.

قلت: قال الأصحاب: وإذا لم يكفر في الصورة الأولى، فليقل: لا إله إلا الله محمد رسول الله، ويستغفر الله، ويستدل له^(٣) بما ثبت في «الصحيحين»: أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ حَلَفَ، فَقَالَ فِي حَلْفِهِ: بِاللَّاتِ وَالْعُزَّى، فَلْيُقْل: لا إله إلا الله»^(٤).

ويستحب أيضاً لكل مَنْ تكلم بقبح^(٥) أن يستغفر الله تعالى. وتجب التوبة من كل كلام^(٦) مُحَرَّم، وستأتي صفة التوبة، إن شاء الله تعالى في «كتاب الشهادات». وقد ذكرت في آخر كتاب «الأذكار»^(٧) جملاً كثيرة من حُكم الألفاظ القبيحة، واختلاف أحوالها، وطرق الخروج منها. والله أعلم.

السابعة: قال أهل اللسان: حروف القَسَمِ ثلاثة: الباء، والواو، والتاء المثناة فوق.

قالوا: والأصل: الباء، وهي من صِلَةِ الحَلِفِ، كأنَّ القائل يقول: حلفت بالله، أو أقسمت [بالله]^(٨)، أو آليت بالله. ثم لما كثر الاستعمال وفهم المقصود، حذف

(١) في المطبوع: «الخمير».

(٢) كلمة: «به» ساقطة من (ظ).

(٣) كلمة: «له» ساقطة من المطبوع.

(٤) أخرجه البخاري (٦٦٥٠)، ومسلم (١٦٤٧) من حديث أبي هريرة. (اللات): صنم كان لثقيف بالطائف، يعظمونه نحو تعظيم الكعبة، وكان موقعه غربي مسجد ابن عباس عن قُرب (المعالم الأثيرة ص: ٢٣٥). (العزَّى): شجرة سَمرة كانوا يعبدونها، وكانوا بنوا عليها بيتاً، وأقاموا لها سَدَنَةً. وموضعها بالقرب من نخلة الشامية في نواحي مكة والطائف بواي يقال له: حراض، بإزاء النمير، عن يمين المصعد إلى العراق من مكة فوق ذات عِرْق. انظر: (المعالم الأثيرة ص: ١٩١)، و(الفتح: ٨ / ٦١٢)، و(سيرة ابن هشام: ١ / ٨٣ - ٨٦).

(٥) في (أ): «بقبيح».

(٦) في المطبوع زيادة: «قبيح».

(٧) في باب: في ألفاظ يكره استعمالها ص: (٤٥١) بتحقيقي.

(٨) ما بين حاصرتين من المطبوع.

الفعل. ويلي الباء الواو؛ لأنَّ الباء تدخلُ على المُضْمَرِ تقول: بك وبِه لأفعلن، كما تدخلُ في المُظْهِرِ. والواو تختصُّ [١٢٠٠ / أ] بالمُظْهِرِ فتأخّرت. والتاء بعد الواو؛ لأنها لا تدخل إلا على « الله »، فإذا قال: بالله - بالباء الموحدة - لأفعلن؛ فإن نوى اليمين، أو أطلق، فهي يمين؛ لاشتهار الصيغة بالحلف، لغةً وشرعاً.

وحكى ابنُ كَجٍّ خلافاً فيما إذا أطلق، والمذهبُ أنه يمينٌ، وبه قطع الأصحابُ، وإن نوى غير^(١) اليمين؛ بأن قال: أردتُ (بالله) : وثقتُ، أو: اعتصمتُ بالله، أو أستعينُ، أو أومنُ^(٢) بالله، ثم ابتدأتُ: لأفعلن، فالمذهبُ وبه قطع العراقيون، والبغوي^(٣)، والرؤياني، وغيرهم: أنه ليس بيمين، واستبعد الإمام^(٤) هذا، وجعله زللاً، أو خلافاً من ناسخ، ونقل أنه لو نوى غير اليمين، وادّعى التورية لم يُقبل فيما تعلّق بحق آدمي، وهل يُدَيّنُ باطناً؟ قيل: وجهان.

وقال القاضي حُسين: لا يُدَيّنُ قطعاً؛ لأنَّ الكفارة تتعلّق باللفظ المُحْتَرَم^(٥) الذي أظهر ما يخالفه.

وأما قوله: « والله » فالمذهبُ أنه كقوله: « بالله » على ما ذكرنا، وأشار بعضهم إلى القطع بأنه يمينٌ بكلِّ حالٍ.

ووجهُ المذهب: أنه قد يريدُ به القائلُ « والله المستعان » ثم يبتدئُ: لأفعلن، وليس في ذلك إلا لَحْنٌ في الإعراب، وسيأتي نظائرُهُ إن شاء الله تعالى.

وأما إذا قال: « تالله لأفعلن » بالمشناة فوق، فالمنصوصُ هنا، وفي « الإيلاء »: أنه يمينٌ.

وعن نصّه في « القَسَامة » أنه ليس بيمين، وللأصحابِ فيه طرقٌ.

(١) في المطبوع زيادة: « ذلك ».

(٢) في (أ): « أمن ».

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٩).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٢ - ٢٩٣).

(٥) في المطبوع: « المحرّم »، المثبت موافق لما في (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٣)، و(فتح العزيز:

أَحَدُهَا: الْعَمَلُ بِظَاهِرِ النَّصِّينِ^(١).

وَالثَّانِي: فِيهِمَا قَوْلَانِ.

وَالثَّلَاثُ: وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ سَلَمَةَ وَأَبُو إِسْحَاقَ وَابْنُ الْوَكِيلِ: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ يَمِينٌ.

قَالُوا^(٢): وَرَوَايَةُ النَّصِّ فِي «الْقَسَامَةِ» مُصَحَّفَةٌ؛ إِنَّمَا هِيَ بِالْيَاءِ الْمَثْنَاءُ تَحْتُ؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: لِأَنَّهُ دَعَاءٌ، وَهَذَا إِنَّمَا يَلِيقُ بِالْمَثْنَاءِ تَحْتُ.

ثُمَّ قِيلَ: أَرَادَ: إِذَا قَالَ: «يَا اللَّهُ» عَلَى النَّدَاءِ، وَقِيلَ^(٣): [أَرَادَ^(٤)]: يَا اللَّهُ، بَفَتْحِ اللَّامِ، عَلَى الاسْتِغَاثَةِ، وَهَذَا أَشْبَهُ، وَأَقْرَبُ إِلَى التَّصْحِيفِ.

وَقِيلَ: لَيْسَتْ مُصَحَّفَةٌ؛ بَلْ هِيَ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا إِذَا قَالَ لَهُ الْقَاضِي: قُلْ: «بِاللَّهِ» فَقَالَ: «تَاللَّهِ» فَلَا يَحْسَبُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَكُونُ عَلَى وَفْقِ التَّحْلِيفِ. وَكَذَا لَوْ قَالَ لَهُ^(٥): قُلْ: «بِاللَّهِ» فَقَالَ: بِالرَّحْمَنِ، لَا تَحْسَبُ يَمِينُهُ. وَعَكْسَهُ لَوْ^(٦) قَالَ: قُلْ: «تَاللَّهِ» بِالْمَثْنَاءِ [فَوْقُ]^(٧)، فَقَالَ: «بِاللَّهِ» بِالْمَوْحَدَةِ^(٨)، قَالَ الْقَقَّالُ: يَكُونُ يَمِينًا؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ وَأَكْثَرُ اسْتِعْمَالًا.

وَلَوْ قَالَ: قُلْ: «بِاللَّهِ» فَقَالَ: «وَاللَّهِ»، قَالَ الْإِمَامُ^(٩): فِيهِ تَرَدُّدٌ؛ لِأَنَّ (الباءَ) (وَالْوَاوَ) لَا تَكَادَانِ تَتَفَاوَتَانِ^(١٠)، وَلَا يَمْتَنِعُ الْمَنْعُ لِلْمُخَالَفَةِ. وَهَذَا الْمَعْنَى يَجِيءُ فِي مَسْأَلَةِ الْقَقَّالِ، وَهَذَا الْخِلَافُ إِذَا قَالَ: «تَاللَّهِ»^(١١) وَلَمْ يَقْصِدِ الْيَمِينَ،

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «النَّصِّ».

(٢) فِي (ظ): «وَقَالُوا».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَوْ قِيلَ».

(٤) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ سَاقِطٌ مِنْ (ظ).

(٥) كَلِمَةٌ: «لَهُ» لَيْسَتْ فِي الْمَطْبُوعِ.

(٦) فِي (ظ): «وَلَوْ».

(٧) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٨) فِي الْمَطْبُوعِ: «الْمَوْحَدَةُ».

(٩) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٨ / ٢٩٨).

(١٠) فِي (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٨ / ٢٩٨): «وَلَا يَكَادَانِ يَتَفَاوَتَانِ».

(١١) فِي (ظ): «بِاللَّهِ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٢٣٩).

ولا غيرها، فإن نوى غير اليمين، فليس يمين، بلا خلاف، صرح به العراقيون،
والرؤياني، وغيرهم^(١).

قلت: قال الدارمي: لو قال: يا الله! بالمشناة تحت، أو فآله، بالفاء، أو آله^(٢)
بالاستفهام، ونوى اليمين، فيمين، وإلا، فلا^(٣). والله أعلم.

فرغ: لو قال: والله! لأفعلن، برفع (الهاء) أو نصبها^(٤)، كان يميناً، واللحن
لا يمنع الانعقاد.

وقال الفقهاء: في الرفع لا يكون يميناً إلا بالنية.

فرغ: لو حذف حرف القسم، فقال: الله لأفعلن كذا بجر (الهاء) أو نصبها أو
رفعها ونوى اليمين، فهو يمين، وإن لم ينو، فليس يمين في الرفع على المذهب،
ولا في النصب على الصحيح، ولا في الجر على الأصح؛ لأن الرفع يحتمل
الابتداء، فيبعد الحنث، ويقرب في الجر [١٢٠٠ / ب] الاستعارة بالصلة الجارة،
ويليه النصب بنزع الجار.

فرغ: لو قال: بالله^(٥)، فشدد^(٦) (اللام) كما كانت، وحذف (الألف) بعدها،
فهو غير ذاك لاسم الله تعالى، ولا حالف؛ لأن البلة هي الرطوبة^(٧)، فلو نوى بذلك
اليمين، فقال الشيخ أبو محمد، والإمام^(٨)، والغزالي: هو يمين، ويحمل حذف
الألف على اللحن؛ لأن الكلمة تجري كذلك على ألسنة العوام والخواص^(٩).

قلت: ينبغي أن لا يكون يميناً؛ لأن اليمين لا يكون إلا باسم الله تعالى، أو

(١) في (ظ): « وغير ».

(٢) في (أ): « آله ».

(٣) كلمة: « فلا » ساقطة من (ظ).

(٤) في (ظ): « ونصبها ».

(٥) في المطبوع: « يله »، تصحيف.

(٦) في المطبوع: « فشدد ».

(٧) الرطوبة (أي: من البلى).

(٨) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٩).

(٩) في المطبوع: « أو الخواص ».

صِفَتِهِ، وَلَا يَسْلُمُ أَنَّ هَذَا لَحْنٌ؛ لِأَنَّ اللَّحْنَ مُخَالَفَةُ صَوَابِ الْإِعْرَابِ؛ بَلْ هَذِهِ كَلِمَةٌ أُخْرَى. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الثامنة: في ضبط ما يحلف به، وفيه طريقان.

إحدهما، وهي أقصرهما: أَنَّ الْيَمِينَ إِنَّمَا تَتَعَقَّدُ إِذَا حَلَفَ بِمَا مَفْهُومُهُ ذَاتُ الْبَارِي سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، أَوْ صِفَةً مِنْ صِفَاتِهِ.

والثانية، وهي أقرب إلى سياق «المختصر»: أَنَّهَا لَا تَتَعَقَّدُ، إِلَّا إِذَا حَلَفَ بِاللَّهِ، أَوْ بِاسْمٍ مِنْ أَسْمَائِهِ، أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ، وَأَرَادَ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ: أَنَّ يَذْكُرَ مَا يَفْهَمُ مِنْهُ ذَاتُ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْتِيَ بِاسْمٍ مُفْرَدٍ، أَوْ مُضَافٍ مِنْ أَسْمَائِهِ الْحُسْنَى، وَذَلِكَ كَقَوْلِهِ: وَالَّذِي أَغْبَيْتُهُ، أَوْ أَسْجُدُ لَهُ، أَوْ أَصْلِي لَهُ^(١)، أَوْ الَّذِي^(٢) فَلَقَ الْحَبَّةَ، أَوْ نَفْسِي بِيَدِهِ، أَوْ وَمُقَلَّبِ^(٣) الْقُلُوبِ، فَتَتَعَقَّدُ يَمِينُهُ، سَوَاءً أَطْلَقَ، أَوْ نَوَى اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، أَوْ غَيْرَهُ.

وَإِذَا قَالَ: قَصَدْتُ غَيْرَهُ، لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِرًا قَطْعًا، وَكَذَا لَا يُقْبَلُ أَيْضًا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى الصَّحِيحِ الْمَعْرُوفِ فِي الْمَذْهَبِ، وَحُكِيَ فِيهِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّانِي، وَهُوَ الْحَلْفُ بِالْأَسْمَاءِ، فَالْأَسْمَاءُ ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: مَا يَخْتَصُّ بِاللَّهِ تَعَالَى، وَلَا يُطْلَقُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، كَاللَّهِ، وَالْإِلَهِ، وَالرَّحْمَنِ، وَرَبِّ الْعَالَمِينَ، وَمَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ، وَخَالِقِ الْخَلْقِ، وَالْحَيِّ الَّذِي لَا يَمُوتُ، وَالْأَوَّلِ الَّذِي لَيْسَ قَبْلَهُ شَيْءٌ، وَالوَاحِدِ الَّذِي لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ، فَحُكْمُ الْحَلْفِ بِهِ حُكْمُ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ.

وَفِي «كِتَابِ ابْنِ كَيْجٍ»: أَنَّهُ لَيْسَ فِي الْأَسْمَاءِ صَرِيحٌ فِي الْحَلْفِ إِلَّا اللَّهُ، وَهَذَا غَرِيبٌ ضَعِيفٌ.

النوع الثاني: مَا يُطْلَقُ فِي حَقِّ [اللَّهُ وَفِي حَقِّ]^(٤) غَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى؛ لَكِنْ

(١) فِي (ظ): «أَوْ أَنْ أَصْلِي لَهُ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَالَّذِي» بِدَلْ: «أَوِ الَّذِي».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَوْ مُقَلَّبٌ».

(٤) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ سَاقِطٌ مِنْ (ظ، أ).

الغالب استعماله في حَقِّ اللَّهِ تعالى، وأنه يُقَيَّدُ في حَقِّ غَيْرِهِ بِضَرْبِ تَقْيِيدٍ، كالجَبَّارِ، والْحَقِّ، والرَّبِّ، والمتكَبِّرِ، والقَادِرِ، والقَاهِرِ؛ فَإِنْ حَلَفَ بِاسْمِهَا ونَوَى اللَّهُ تعالى، أو أَطْلَقَ، فَيَمِينٌ، وَإِنْ نَوَى غَيْرَ اللَّهِ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ.

والخَالِقُ، والرَزَاقُ، والرحِيمُ مِنْ هَذَا النُّوعِ عَلَى الصَّحِيحِ، وبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَقِيلَ: مِنَ الْأَوَّلِ.

النوع الثالث: ما يَطْلُقُ في حَقِّ اللَّهِ تعالى، وفي حَقِّ غَيْرِهِ، ولا يَغْلُبُ اسْتِعْمَالُهُ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ، كَالْحَيِّ، والمَوْجُودِ، والمُؤْمِنِ^(١)، والكَرِيمِ، والغَنِيِّ، وشَبَّهَهَا؛ فَإِنْ نَوَى بِهِ غَيْرَ اللَّهِ تعالى، أو أَطْلَقَ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ، وَإِنْ نَوَى اللَّهُ تعالى، فَوَجْهَانِ.

أحدهما: يَمِينٌ، وبِهِ قَطَعَ صَاحِبَا^(٢) «المَهْذَبِ»^(٣)، و«التَهْذِيبِ»^(٤). وفي «شَرْحِ الْمُؤَوَّقِ بْنِ طَاهِرٍ»^(٥) أَنَّ صَاحِبَ «التَّقْرِيبِ»^(٦)، وَأَبَا يَعْقُوبَ^(٧)، قَطَعَا بِهِ، وَنَقَلَاهُ عَنْ شَيْخِ الْأَصْحَابِ.

والثاني، وهو الْأَصَحُّ، وبِهِ أَجَابَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَابْنُ الصَّبَّاحِ، وَسَائِرُ الْعِرَاقِيِّينَ، وَالْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ [١٢٠١ / أ]: لَا يَكُونُ يَمِينًا^(٨)؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ إِنَّمَا تَنْعَقِدُ بِاسْمِ مُعْظَمٍ، وَالْأَسْمَاءُ الَّتِي تَطْلُقُ فِي حَقِّ الْخَالِقِ وَالْمَخْلُوقِ إِطْلَاقًا وَاحِدًا لَيْسَ لَهَا حُرْمَةٌ وَلَا عِظَمٌ^(٩).

قلت: الْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمِينٌ، وبِهِ قَطَعَ الرَّافِعِيُّ فِي «الْمُحَرَّرِ»، وَصَاحِبُ «التَّنْبِيهِ»، وَالْجُرْجَانِيُّ، وَغَيْرُهُمَا مِنَ الْعِرَاقِيِّينَ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ يَطْلُقُ عَلَى اللَّهِ تعالى، وَقَدْ نَوَاهُ، وَقَوْلُهُمْ: «لَيْسَ لَهُ حُرْمَةٌ» مُرَدُّودٌ. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

(١) سُمِّيَ اللَّهُ مُؤْمِنًا؛ لِأَنَّهُ آمَنَ عِبَادَهُ مِنْ أَنْ يَظْلِمَهُمْ (النَّظْمُ الْمُسْتَعَذَبُ: ٢ / ١٢٩).

(٢) فِي (أ)، وَالْمَطْبُوعُ: «صَاحِبٌ».

(٣) انْظُرْ: (المَهْذَبُ: ٤ / ٤٨٤).

(٤) انْظُرْ: (التَهْذِيبُ: ٨ / ٩٨).

(٥) هُوَ شَرْحٌ لِمَخْتَصَرِ أَبِي مُحَمَّدٍ الْجَوِينِيِّ. انْظُرْ: (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ: ٢ / ٢٥٧).

(٦) (صَاحِبُ التَّقْرِيبِ): هُوَ أَبُو الْحَسَنِ، الْقَاسِمُ بْنُ الْقَفَّالِ الشَّاشِي الْكَبِيرُ.

(٧) هُوَ أَبُو يَعْقُوبَ الْأَبْيُورَدِيُّ، يَوْسُفُ بْنُ مُحَمَّدٍ. سَلَفَتْ تَرْجُمَتُهُ.

(٨) كَلِمَةٌ: «يَمِينًا» سَاقِطَةٌ مِنْ (ظ).

(٩) فِي الْمَطْبُوعِ، وَ(فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٢٤٢): «عِظْمَةٌ».

والسميعُ، والبصيرُ، والعليمُ، والحكيمُ من هذا النوع، لا من الثاني على الأصح؛ فقد عَدَّ البغويُّ^(١) «العالم» مِنْ هذا النوع.

واعلم: أَنَّ ابْنَ كَجٍّ نقلَ وجهاً: أَنَّ الحَلْفَ بأيُّ اسمٍ كان من الأسماء التسعة والتسعين المذكورة في الحديث^(٢) صريحٌ، ولا فرقَ بين بعضها وبعضها^(٣)، وهذا غريب.

وَأَمَّا الْقِسْمُ الثَّالِثُ، فَالْحَلْفُ بِالصِّفَاتِ، فَتَكَلَّمَ^(٤) في صور:

منها: إذا قال: وَحَقُّ اللَّهِ، لِأَفْعَلَنَّ كَذَا، فَإِنْ [نَوَى]^(٥) به اليمينَ، فيمينُ، وَإِنْ نَوَى غَيْرَهَا من العباداتِ وغيرها، فليس بيمينٍ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فوجهان أحدهما: ليس بيمينٍ، حُكِيَ عن الْمُزَنِيِّ، وَأَبِي إِسْحَاقَ، واختاره الإمام^(٦) والغزاليُّ.

والصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور: أَنَّهُ يمينٌ؛ لأنه غلبَ استعماله في اليمينِ، فتصير هذه القرينة صارفةً لِلْفِظِ إلى معنى استحقاقِ الإلهية والعظمة. وقال الْمُتَوَلَّى: ولو قال: وَحَقُّ اللَّهِ، بالرفع، ونوى اليمينَ، فيمينُ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فلا. وَإِنْ قاله بالنصب، وأطلقَ فوجهان، والذي أجاب به البغويُّ^(٧): المنعُ في النصبِ أيضاً.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٨).

(٢) أخرج البخاريُّ (٢٧٣٦)، ومسلم (٢٦٧٧) عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تِسْعَةٌ وَتِسْعِينَ اسْمًا مِنْ أَحْصَاهَا دَخَلَ الْجَنَّةَ».

وأخرجه مع ذكر الأسماء: الترمذيُّ (٣٥٠٢)، وابن ماجه (٣٨٦١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ٢٧ - ٢٨)، وصححه ابن حبان (٢٣٨٤) موارد، وحسنه المصنف في (الأذكار ص: ١٤١)، وقال الترمذي: «هذا حديث غريب»، وقال الحافظ ابن كثير في «تفسيره»: «والذي عَوَّلَ عليه جماعة من الحفاظ: أَنَّ سَرَدَ الْأَسْمَاءِ فِي هَذَا الْحَدِيثِ مدرج فيه»، ونحوه قال الحافظ ابن حجر في (بلوغ المرام ص: ٣٨٣) بتحقيقي.

(٣) في المطبوع: «وبعض».

(٤) في المطبوع: (فمتكلّم).

(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٩).

(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٩).

ومنها: قوله: وَحُرْمَةُ اللَّهِ، وهو كقوله: وَحَقُّ اللَّهِ، وقيل: هو كقوله: وَعَظْمَةُ اللَّهِ، كما سنذكره، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

ومنها: قوله: وَقُدْرَةُ اللَّهِ، وعِلْمُ اللَّهِ، ومَشِيئَةُ اللَّهِ، وَسَمْعُ اللَّهِ، وَبَصَرُ اللَّهِ، فهذه صفاتٌ قديمةٌ؛ فَإِنْ نَوَى بِهَا الْيَمِينَ، أَوْ أَطْلَقَ، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ، وَإِنْ أَرَادَ بِالْعِلْمِ: الْمَعْلُومَ، وبِالْقُدْرَةِ: الْمَقْدُورَ قُبِلَ قَوْلُهُ، وَلَمْ يَكُنْ يَمِينًا؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُحْتَمِلٌ لَهُ، وَلِهَذَا يُقَالُ فِي الدُّعَاءِ: اغْفِرْ عَلَمَكَ فِينَا، أَي: مَعْلُومَكَ، وَيُقَالُ: انْظُرْ إِلَى قُدْرَةِ اللَّهِ، أَي: مَقْدُورِهِ، فَيَكُونُ كَقَوْلِهِ: وَمَعْلُومِ اللَّهِ، وَمَقْدُورِهِ، وَخَلْقِ اللَّهِ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِيَمِينٍ، وَبِمِثْلِهِ أَجَابَ الْإِمَامُ^(١) فِي «إِحْيَاءِ اللَّهِ تَعَالَى».

وَأِنْ قَالَ: وَعَظْمَةُ اللَّهِ، وَكِبْرِيَاءُ اللَّهِ، وَعِزَّتُهُ وَجَلَالُهُ، وَبِقَائِهِ، فَالْحَكْمُ كَمَا فِي الْعِلْمِ وَالْقُدْرَةِ، وَلَمْ يَفَرِّقُوا بَيْنَ الصِّفَاتِ الْمَعْنَوِيَّةِ الزَّائِدَةِ عَلَى الذَّاتِ^(٢)، وَغَيْرِهَا، هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ الَّذِي قَطَعَ بِهِ الْجُمْهُورُ فِي هَذِهِ الصِّفَاتِ.

وَحَكَى الْإِمَامُ^(٣) وَجْهًا^(٤): أَنَّ الْحَلْفَ بِهَذِهِ الصِّفَاتِ، كَالْحَلْفِ بِاللَّهِ تَعَالَى، حَتَّى لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ غَيْرَ الْيَمِينِ، لَا يَقْبَلُ ظَاهِرًا.

وَوَجْهًا: أَنَّهُ إِنْ أَرَادَ غَيْرَ الْيَمِينِ، يَقْبَلُ فِي الْعِلْمِ وَالْقُدْرَةِ؛ لِلْإِحْتِمَالِ الْمَذْكُورِ، وَلَا يَقْبَلُ فِي الْعَظْمَةِ، وَالْجَلَالِ، وَالْكِبْرِيَاءِ؛ إِذْ لَا يَتَخَيَّلُ فِيهَا مِثْلَ ذَلِكَ الْإِحْتِمَالِ، وَضَعَّفَ هَذَا، وَقَالَ^(٥): قَدْ يُقَالُ عَايَنْتُ عَظْمَةَ اللَّهِ، وَكِبْرِيَاءَهُ، وَيُرِيدُ: مِثْلَ ذَلِكَ.

ومنها: لَوْ قَالَ: وَكَلَامِ اللَّهِ، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٩).

(٢) الصفات المعنوية الزائدة على الذات عند الأشاعرة ثمانية، وهي: المشار إليها بقول الشيخ علي بن محمد الباجي، المتوفى بالقاهرة سنة (٧١٤ هـ) [الطويل]:

حياءٌ وعلمٌ وقُدرةٌ وإرادة	كلامٌ وبصائرٌ وسمْعٌ مع البقا
صفاتٌ لذاتِ اللهِ جَلَّ قَدِيمَةٌ	لدى الأشعري الحَبْرِ ذِي الْعِلْمِ وَالتَّقْصِي
ولم يلتزم منها بشيءٍ شيوخه	وكل بمشتقاتها قال مطلقا

انظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ١٣).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٣ - ٢٩٤).

(٤) في المطبوع: «وجهان»، خطأ.

(٥) في (ظ): «قال» بدون «الواو»، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٤).

قال البغوي^(١): وكذا لو قال: وكتاب الله، وقرآن الله.

قال إبراهيم المرؤذي^(٢): وكذا لو قال: والقرآن، أو وانمُتبت في المصحف.

قال المتولي: وإن حلف بالمصحف، نُظر:

إن قال: وحُرْمَةُ ما هو مكتوب فيه، فهو يمين^[١٢٠١ / ب]، وكذا إن^(٣) قال: وحُرْمَةُ هذا المصحف؛ لأن احترامه؛ لما هو مكتوب فيه، وإن^(٤) أراد الرق^(٥)، والجلد لم يكن يميناً.

قلت: لم يتعرض لما إذا قال: والمصحف، وأطلق، وهو يمين، صرح به بعض الأصحاب، وبه أفتى الإمام أبو القاسم الدؤلعي^(٦)، خطيب دمشق، من متأخري أصحابنا [قال^(٧)]: لأنه إنما يقصد به الحلف بالقرآن المكتوب، ومذهب أصحابنا وغيرهم من أهل السنة؛ أن القرآن مكتوب^(٨) في المصاحف، محفوظ في الصدور، ولا يقصد الحالف نفس الورق، والمداد.

ويؤيده أن الشافعي رضي الله عنه، استحسن التحليف بالمصحف، واتفق الأصحاب عليه، ولو لم ينعقد اليمين به عند الإطلاق، لم يحلف به. والله أعلم.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٩٩).

(٢) في المطبوع: «المروزي»، تحريف.

(٣) في المطبوع: «لو» بدل «إن».

(٤) في المطبوع: «وإذا».

(٥) الرق: الجلد يكتب فيه (المصباح: ر ق).

(٦) هو ضياء الدين، عبد الملك بن زيد بن ياسين التغلبي، خطيب دمشق ومفتيها. منسوب إلى الدؤلعي: قرية من قرى الموصل. كان أحد الفقهاء المشهورين، والصلحاء الورعين، والأئمة المحققين، استوطن دمشق وتولى الخطابة والتدريس بجامعها.

ولد سنة (٥١٤ هـ). وقيل غير ذلك. ومات في شهر ربيع الأول سنة (٥٩٨ هـ). من كتبه: «الرسالة» المصنفة في بيان سبل السنة المشرفة، وكتاب في «تحريم سماع اليراع». له ترجمة في (طبقات ابن الصلاح بتهديب الإمام النووي: ٢ / ٥٧٠)، و(سير أعلام النبلاء: ٢١ / ٣٥٠)، وفي حاشيتهما مصادرها. وهذا الإمام فات المصنف رحمه الله ترجمته في «تهذيب الأسماء واللغات»، وهو من شرطه.

(٧) كلمة: «قال» ساقطة من (ظ).

(٨) في (ظ): «المكتوب».

ولو قال: والقرآن، وأرادَ غيرَ اليمين، لم يكن يمينا، فقد يرادُ بالقرآن: الخُطبة، والصلاة.

التاسعة: إذا [قال] ^(١): أَقْسِمُ بِاللَّهِ، أو أَقْسَمْتُ بِاللَّهِ، أو أَحْلَفُ بِاللَّهِ، أو حلفتُ بِاللَّهِ، فله أحوال.

أحدها: أَنْ يقول: [أردتُ] ^(٢) بالأول: الوَعْدَ بالحَلِفِ، وبالثاني: الإخبارَ عن ماضٍ، فيقبلُ باطنا.

وأما في الظاهر؛ فَإِنْ عَلِمَ لَهُ يَمِينٌ ماضيةٌ، قُبِلَ قَوْلُهُ فِي إِرَادَتِهَا «بَأَقْسَمْتُ» و«حَلَفْتُ» بلا خلافٍ، وإِلَّا فَالنَّصُّ أَنَّهُ يَقْبَلُ أَيْضاً قَوْلُهُ فِي إِرَادَةِ الْوَعْدِ وَالْإِخْبَارِ، وَقَالَ فِي «الْإِيْلَاءِ»: إِذَا قَالَ: أَقْسَمْتُ بِاللَّهِ لَا وَطْئَتِكَ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ يَمِيناً ماضيةً لَمْ يَقْبَلْ.

وللأصحاب فيها ثلاثُ طرق ^(٣):

المذهب [في] ^(٤) أَنْ فِي الْإِيْلَاءِ، وَسَائِرِ الْإِيْمَانِ قَوْلَيْنِ، أَظْهَرُهُمَا: الْقَبُولُ؛ لظهورِ الاحتمالِ.

والثاني: الْمَنْعُ؛ لظهورِهِ فِي الْإِنْشَاءِ.

والطريق الثاني: القطعُ بالمنع، وحمل ما ذكره هنا على القبولِ باطناً.

والثالث: تقريرُ النصِّين. والفرقُ أَنَّ الْإِيْلَاءَ متعلقٌ حَقُّ المرأة، وَحَقُّ الْآدَمِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُضَايَقَةِ، وَسَائِرُ الْإِيْمَانِ واجِبُهَا الْكُفَّارَةُ، وَهِيَ حَقُّ اللَّهِ ^(٥) تعالى.

الحال الثاني: أَنْ يَقُولَ: أَرَدْتُ الْيَمِينَ، فَيَكُونُ يَمِيناً قِطْعاً.

(١) كلمة: « قال » ساقطة من (ظ).

(٢) كلمة: « أردتُ » ساقطة من (ظ).

(٣) في المطبوع: « ثلاثة طرق ». قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٢٥): « الطريق:

يُذَكَّرُ وَيؤنَّثُ، لغتان فصيحتان ».

(٤) كلمة: « في » ساقطة من (ظ).

(٥) في المطبوع: « الله ».

الحال الثالث: أَنْ يُطْلَقَ، فالمذهب عند الجمهور: أنه يمينٌ، وخالفهم الإمام في الترجيح^(١).

وقيل: وجهان.

وقيل: قولان.

وقيل: «أَقْسِمُ» صريحٌ، بخلاف «أَقْسَمْتُ»، وهو ضعيفٌ.

قلت: لو قال: آلَيْتُ، أو أَوْلَيْ، فهو كَحَلَفْتُ^(٢)، أو أَحْلَفْتُ، ذكره الدَّارِمِيُّ^(٣)، وهو ظاهرٌ. والله أعلم.

العاشرة: إذا قال: أشهدُ باللهِ، أو شَهِدْتُ باللهِ؛ فإن نوى اليمينَ، فيمينٌ، وإن أرادَ غيرَ اليمينِ، فليسَ بيمينٍ، وإن أطلق: فالمذهب: أنه ليسَ بيمينٍ؛ لتردُّ الصيغة، وعدمِ أطرادِ عُرْفِ شرعيٍّ، أو لُغويٍّ، ونقل الإمام^(٤) هذا عن العراقيين، وبه قال ابنُ سَلَمَةَ.

فَرَعٌ: لو قال: أَعَزَّمُ باللهِ، أو عَزَمْتُ باللهِ، لأفعلنَ؛ فإن نوى غيرَ اليمينِ، أو أطلق، فليسَ بيمينٍ، وإن نوى اليمينَ، فيمينٌ.

فَرَعٌ: لو قال: أُقْسِمُ، أو أَقْسَمْتُ، أو أَحْلَفْتُ، أو حَلَفْتُ^(٥)، أو أشهدُ، أو شَهِدْتُ، أو أَعَزَّمُ، أو عَزَمْتُ لأفعلنَ كذا، ولم يقل: «بِاللهِ»، لم يكن يميناً، وإن نوى اليمينَ؛ لأنه لم يَحْلِفْ باسمِ الله تعالى، ولا بصفته.

فَرَعٌ: لو قال المُلاعِنُ في لعانه: أشهدُ باللهِ، وكان كاذباً، هل يلزمه الكفارة؟ وجهان [١٢٠٢ / ١].

أصَحُّهُمَا: نَعَمْ، والخلافُ شبيهٌ بالخلافِ في وجوب الكفارة على المُولِي إذا وَطِئَ.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٤ - ٢٩٥).

(٢) في المطبوع: «كَحَلَفَ»، خطأ.

(٣) هو أبو الفَرَجِ الدَّارِمِيُّ، محمد بن عبد الواحد البغدادي.

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٥).

(٥) في المطبوع: «أو حلف»، خطأ.

قال الإمام^(١): والصورة مفروضة فيما إذا زعم أنه قصدَ اليمينَ، أو أطلقَ، وجعلنا مُطلقه يميناً.

قال: ويمكنُ أن يجيء الخلافُ وإن قصدَ غيرَ اليمين؛ لأنَّ ألفاظَ اللعانِ معروضةٌ عليه في مجلسِ الحُكم، ولا أثرٌ للتَّورية في مجلسِ الحكم.

الحادية عشر: إذا قال: وإيْمُ الله^(٢) أو: وإيْمُنُ الله^(٣)، لأفعلنَ كذا، فإن نوى اليمينَ، فيمينُ، وإن أطلقَ، فليس بيمينَ، على الأصحَّ؛ لأنه وإن كان مشهوراً في اللغة، فلا يعرفُهُ إلاَّ خواصُّ الناسِ.

قال الأصحابُ: ولو قال: لاها الله، ولم يَنْوِ اليمينَ، فليس بيمينَ، وإن كان مستعملاً في اللُّغة؛ لعدمِ اشتهاره.

قلتُ: قوله^(٤): « وإيْمُ الله » بكسرِ الميمِ وضمِّها، والضمُّ: أشهرُ، و« لاها الله » بالمدِّ والقصرِ^(٥)، وإن نوى به اليمينَ، كان يميناً قطعاً. والله أعلمُ.

الثانية عشر: إذا قال: لَعَمْرُ الله، لأفعلنَ؛ إن نوى اليمينَ^(٦)، فيمينُ^(٧)، وإن أطلقَ، فلا، على الأصحَّ.

الثالثة عشر: إذا قال: عَلَيَّ عَهْدُ الله وميثاقُهُ، وذِمَّتُهُ، وأمانتُهُ، وكفالتُهُ

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٢٩٥).

(٢) وإيْمُ الله: من الألفاظ الصريحة في القسم، وهو لغةٌ في « إيْمُنُ الله »، ولا يستعملُ إلاَّ مضافاً إلى لفظ الجلالة. الواو: بحسب ما قبلها، إيْمُ: مبتدأ مرفوع، خبره محذوف وجوباً، تقديره: قَسَمي (معجم الشوارد النحوية ص: ١٥٤)، وانظر: (المصباح: ي م ن). و(النظم المستعذب: ٢ / ١٣٠)، و(فتح الباري: ١١ / ٥٢٠ - ٥٢١).

(٣) وإيْمُنُ الله: تعبير يستعمل في القسم، همزته همزة وصل، أو قطع على خلافِ بين مَنْ قال إنه اسمٌ وضع للقسم هكذا، ومن قال إنه جمع يمينَ، ويعرب مبتدأ، خبره محذوف وجوباً، تقديره: قَسَمي (معجم الشوارد النحوية ص: ١٥٤). وانظر: (المصباح: ي م ن)، و(فتح الباري: ١١ / ٥٢٢).

(٤) في المطبوع: « وقوله ».

(٥) قال الركني في (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٠): « لاها الله: هي هلهنا التي للتنبيه، جعلت عَوْضاً من حرفِ القسم، وقد روي فيها المد، ولا أعلم لها وجهاً... ».

(٦) كلمة: « اليمين » ساقطة من المطبوع.

(٧) لأن معناه: بقاءُ الله وحياتُهُ (البيان: ١٠ / ٥٠٥)، وانظر: (نهاية الغريب: عمر).

لأَفْعَلَنَّ [كذا]^(١)، فَإِنْ نَوَى الْيَمِينَ فَيَمِينٌ، والمرادُ من « عهد الله » استحقاقُهُ لإيجابِ ما أَوْجَبَهُ عَلَيْنَا، وَتَعَبَّدْنَا^(٢) بِهِ.

وإنَّ أَرَادَ غَيْرَ الْيَمِينَ، كَالْعِبَادَاتِ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ.

وإنَّ أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ، قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: يَمِينٌ؛ لِلْعَادَةِ الْغَالِبَةِ، وَالْأَصَحُّ الْمَنْعُ؛ لَتَرْدُّدِ اللَّفْظِ، وَقَدْ فَسِّرَتْ « الْأَمَانَةُ » فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ ﴾ [الْأَحْزَابُ: ٧٢] بِالْعِبَادَاتِ^(٣). وَإِذَا أَرَادَ الْيَمِينَ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ، انْعَقَدَتْ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْأَلْفَاظِ تَأْكِيدٌ؛ كَقَوْلِهِ: وَاللَّهُ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ، فَلَا^(٤) يَتَعَلَّقُ بِالْحِنْثِ فِيهَا إِلَّا كَفَارَةٌ وَاحِدَةٌ. وَلَكَ أَنْ تَقُولَ: إِنَّ قَصْدَ ب_Kلِّ لَفْظٍ يَمِينًا، فَلَيْكُنْ، كَمَا لَوْ حَلَفَ عَلَى الْفِعْلِ الْوَاحِدِ مِرَارًا.

قُلْتُ: هَذَا الَّذِي اسْتَدْرَكَهُ الرَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ صَحِيحٌ مُوَافِقٌ لِلنَّقْلِ، قَالَ الدَّارِمِيُّ: قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: إِذَا نَوَى التَّكَرَّارَ، فَفِي تَكَرُّرٍ^(٥) الْكَفَارَةُ الْقَوْلَانِ فَيَمِينَ حَلَفَ عَلَى الْفِعْلِ الْوَاحِدِ مِرَارًا، وَطَرَدَهُ فِي قَوْلِهِ: وَاللَّهُ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

أَمَّا إِذَا قَالَ: وَعَهْدِ اللَّهِ، وَمِيثَاقِ اللَّهِ، وَأَمَانَةِ اللَّهِ، فَقَالَ الْمُتَوَلَّى: إِنَّ نَوَى الْيَمِينَ، فَيَمِينٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَلَا.

قُلْتُ: قَدْ ذَكَرَ الرَّافِعِيُّ نَذْرَ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَقَدْ قَدَّمْتُهُ فِي « كِتَابِ النَّذْرِ »^(٦). وَاللَّهُ أَعْلَمُ^(٧).



(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « أو تعبدنا ».

(٣) في المطبوع: « بالعبادة ».

(٤) في المطبوع: « لا ».

(٥) في المطبوع: « تكرار ».

(٦) في (ظ) : « كتاب الأذكار »، خطأ.

(٧) قوله: « والله أعلم » ساقط من المطبوع.

الباب الثاني في كَفَّارَةِ الْيَمِينِ

فيه ثلاثة أطراف:

الأول: في سبب الكَفَّارَةِ: وهي واجبة على مَنْ حَنَثَ.

وفي سَبَبِ وجوبها وجهان.

الصحيح عند الجمهور: أنه اليمينُ، والحِنْتُ^(١) جميعاً.

والثاني: أنه اليمينُ فقط، ولكن الحِنْتُ شرطٌ.

فصل: يجوزُ التكفيرُ قبلَ الحِنْتِ إِنْ كَفَّرَ بغيرِ الصومِ، ولم يكنِ الحِنْتُ معصيةً. والمستحبُّ^(٢) أَنْ يؤَخَّرَ التكفيرُ على^(٣) الحِنْتِ؛ ليُخرجَ من خلافِ أبي حنيفة، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وَإِنْ كَفَّرَ بالصومِ؛ فالصحيحُ المشهورُ: أنه لا يجوزُ تقديمهُ على الحِنْتِ، وفيه وَجْهٌ، وقولٌ قديمٌ: أنه يجوزُ.

وإنْ كانَ الحِنْتُ بمعصية؛ بَأَنَّ حَلْفَ لا يزني فهل يُجزئُه التكفيرُ قبلَه؟ وجهان.

أصحُّهما عند الأكثرينَ [١٢٠٢ / ب]: نَعَمْ.

(١) الحِنْتُ: في الأصل: الذنبُ والإثم، وبلغ الغلامُ الحنثَ؛ أي: المعصية والطاعة، والحنثُ أيضاً الخَلْفُ في اليمين، يقال: حَنَثَ في يمينه؛ أي: لم يبرِّ فَيَأْتِمْ ويذنب، وقيل: الحنثُ: الرجوع في اليمين؛ أي: يفعل ما حلفَ عليه أن لا يفعل (النظم المستعذب: ٢ / ١٣١)، وانظر: (المصباح: ح ن ث).

(٢) في المطبوع: «ويستحبُّ».

(٣) في المطبوع: «عن».

ولو قال : أعتقتُ هذا العبدَ عن كفارة يميني إذا حنثتُ . عتقَ العبدُ عن الكفارة إذا حنثَ ، بخلاف ما لو قال : أعتقتُ عن الكفارة إذا حلفتُ ؛ [فإنه ^(١)] لا يُجزئُه عن الكفارة ؛ لأنه قدّم التعليقَ على اليمين . وفي الصورة السابقة قدّمه على الحنثِ فقط .

ولو قال : إذا حنثتُ في يميني غداً ، فهو حرٌّ عن كفارتي ؛ فإن حنثَ غداً ، عتقَ عن الكفارة ، وإلاّ لم يعتقْ ؛ لأنّ المعلقَ عليه لم يوجد .

ولو قال : أعتقتُ عن كفارة يميني إن حنثتُ ، ثم بان أنّه حنثَ ، عتقَ عن الكفارة ، وإلاّ لم يعتقْ .

ولو قال : أعتقتُ عن كفارة يميني إن حلفتُ وحنثتُ ، فبانَ حالفاً ، قال البغوي ^(٢) : ينبغي ألاّ يجزئه ؛ لأنه شاكٌّ في اليمين ، وفي الصورة السابقة : الشكُّ في الحنثِ ، والتكفيرُ قبل الحنثِ جائزٌ ، وعلى قياسه لو قال : هو حرٌّ عن ظهاري إنّ ظاهرْتُ ، فبانَ أنّه ظاهرٌ ، ينبغي ^(٣) أن لا يجوزَ .

فَرُعٌ : أعتقَ عبداً عن الكفارة قبل الحنثِ ، ثم ارتدَّ العبدُ ، أو مات قبل الحنثِ ، لم يُجزئُه عن الكفارة ، كما لو عَجَلَ الزكاةَ ، ثم ارتدَّ المدفوعُ إليه قبل تمام الحولِ . وتغيّرُ الحالُ في التكفيرِ قبل الحنثِ ، كهو في تعجيل الزكاةَ .

قال البغوي ^(٤) : ويحتملُ أن يجزئُه إذا ارتدَّ ، أو ماتَ ، كما لو ماتت الشاةُ المعجّلة قبل الحولِ .

فَرُعٌ : يجوزُ تقديمُ كفارة القتلِ على الزهوقِ بعد حصول الجرحِ ، وتقديمُ جزاء الصيدِ على الزهوقِ ^(٥) بعد جرح الصيدِ ، هذا هو المذهبُ .

وقيل : فيهما الخلافُ في تقديم الكفارة على الحنثِ المحرّمِ ؛ لأن سِرَايةَ فعلِهِ كَفَعْلِهِ ، وهو حَرَامٌ ، وهذا ليس بشيء .

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع .

(٢) انظر : (التهذيب : ٨ / ١١٠) .

(٣) في (ظ) : « أنه » بدل : « ينبغي » .

(٤) انظر : (التهذيب : ٨ / ١١٠) .

(٥) قوله : « بعد حصول . . . على الزهوق » ساقط من (ظ) .

قال الإمام^(١): وقِيَّاسُهُ أَنْ يَقَالَ: لَوْ حَلَفَ: لَا يَقْتُلُ زَيْدًا، فَجَرَحَهُ، وَكَفَّرَ عَنِ الْيَمِينِ قَبْلَ حُصُولِ الزُّهُوقِ، فِيهِ الْإِجْزَاءُ الْوَجْهَانِ. قَالَ: وَهُوَ بَعِيدٌ.

ثُمَّ هَذَا فِي التَّكْفِيرِ بِالْإِعْتَاقِ، فَأَمَّا^(٢) الصَّوْمُ فَلَا يَقْدَمُ عَلَى الصَّحِيحِ، كَمَا سَبَقَ. وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ عَلَى الْجَرْحِ بِحَالٍ، لَا فِي الْآدَمِيِّ، وَلَا فِي الصَّيْدِ، وَفِيهِ احْتِمَالٌ لِابْنِ سَلَمَةَ؛ تَنْزِيلًا لِلْعَصْمَةِ مَنْزِلَةَ أَحَدِ السَّبْعِينَ، وَحَكَى ابْنُ كَيْسٍ وَجْهًا فِي جَوَازِ التَّقْدِيمِ عَلَى جَرْحِ الصَّيْدِ، وَوَجْهًا أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَقْتُلُهُ مَخْتَارًا بِلَا ضَرُورَةٍ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ اضْطَرَّه^(٣) الصَّيْدُ إِلَيْهِ، جَازَ، وَالْمَذْهَبُ: الْأَوَّلُ.

فَرَعٌ: التَّكْفِيرُ عَنِ الظَّهَارِ بِالْمَالِ بَعْدَ الظَّهَارِ وَقَبْلَ الْعَوْدِ جَائِزٌ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَقِيلَ: فِيهِ الْخِلَافُ فِي الْحِنْثِ الْمَحْرَمِ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الْعَوْدَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، وَيَتَصَوَّرُ التَّكْفِيرُ بَيْنَ الظَّهَارِ وَالْعَوْدِ، فِيمَا إِذَا ظَاهَرَ مِنْ رَجْعِيَّةٍ، ثُمَّ كَفَّرَ، ثُمَّ رَاجَعَهَا، وَفِيمَا إِذَا ظَاهَرَ، ثُمَّ طَلَّقَ رَجْعِيًّا، ثُمَّ كَفَّرَ، ثُمَّ رَاجَعَ، أَوْ طَلَّقَ بَائِنًا وَكَفَّرَ، ثُمَّ نَكَحَهَا، وَقَلْنَا: يَعُودُ الْحِنْثُ، وَفِيمَا^(٤) إِذَا ظَاهَرَ مَوْقِتًا، وَصَحَّحْنَاهُ^(٥)، وَكَفَّرَ، وَصَارَ عَائِدًا بِالْوَطءِ، وَفِيمَا إِذَا ظَاهَرَ، وَارْتَدَّتِ الزَّوْجَةُ عَقْبَهُ، فَكَفَّرَ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ، ثُمَّ صَارَ عَائِدًا، وَأَمَّا إِذَا ظَاهَرَ، وَأَعْتَقَ عَلَى الْإِتِّصَالِ عَنْ ظَهَارِهِ، فَهَذَا لَيْسَ بِتَكْفِيرٍ قَبْلَ الْعَوْدِ؛ بَلْ هُوَ تَكْفِيرٌ مَعَ الْعَوْدِ؛ لِأَنَّ اشْتِغَالَهُ بِالْإِعْتَاقِ عَوْدٌ، وَالْحُكْمُ الْإِجْزَاءُ أَيْضًا.

فَرَعٌ: لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ كَفَّارَةِ الْجَمَاعِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ، وَلَا فِي الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ عَلَى الْجَمَاعِ.

وَقِيلَ: يَجُوزُ كَفَّارَةُ^(٦) الْيَمِينِ، وَالصَّحِيحُ: الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ [١٢٠٣ / ١] الْكَفَّارَةُ لَا تَنْسَبُ إِلَى الصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ؛ بَلْ إِلَى الْجَمَاعِ، وَتِلْكَ تَنْسَبُ إِلَى الْيَمِينِ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ فِدْيَةِ الْحَلْقِ، وَالتَّطْيِيبِ، وَاللُّبْسِ عَلَيْهَا؛ فَإِنْ وُجِدَ سَبَبٌ يَجُوزُ

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣١١).

(٢) في المطبوع: «وَأَمَّا».

(٣) في (ظ) والمطبوع: «اضطرَّ» المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٦٠).

(٤) في المطبوع: «فيما» بدون «الواو»، خطأ.

(٥) في المطبوع: «وصحَّحنا».

(٦) في المطبوع: «لكفارة».

فعلها؛ بأن احتاج إلى الحلق، أو التطيب؛ لمرضى، أو اللبس؛ لبرد، جاز التقديم على الأصح.

فَرْعٌ: يجوز تعجيل المنذور^(١) إذا كان مالياً؛ بأن قال: إن شفى الله مريضى، أو ردَّ غائبى، فليِّه عليَّ أن أعتق، أو أتصدق بكذا، فيجوز تقديم الاعتاق والتصدق على الشفاء، ورجوع الغائب. وفي «فتاوى القفال» ما ينازع فيه.

فَرْعٌ: الحامل والمرضع إذا شرعنا في الصوم، ثم أردنا الإفطار، فأخرجنا الفدية قبل الإفطار، جاز على الأصح، وعلى هذا: ففي جواز تعجيل الفدية لسائر الأيام وجهان؛ كتعجيل زكاة عامين.

فصل: تكره اليمين إلا إذا كانت في طاعة، كالبيعة على الجهاد، ويُسْتثنى أيضاً الأيمان الواقعة في الدعاوى، إذا كانت صادقة؛ فإنها لا تُكره.

قلت: وكذا لا يُكره إذا دعت إليه حاجة، كتوكيد كلام، وتعظيم^(٢) أمره. كقول النبي ﷺ في الحديث الصحيح: «فَوَاللَّهِ! لَا يَمَلُّ اللَّهُ حَتَّى تَمَلُّوا»^(٣)، وفي الحديث

(١) في (ظ): «منذور».

(٢) في المطبوع: «أو تعظيم».

(٣) أخرجه البخاري (٤٣)، ومسلم (٧٨٥ / ٢٢١)، والترمذي في (الشمال المحمدية برقم: ٣٠٧) بتحقيقه. (لا يَمَلُّ اللَّهُ حَتَّى تَمَلُّوا): هو يفتح الميم في الموضعين، والملا: استئثار الشيء ونفور النفس عنه بعد محبته، وهو محال على الله تعالى باتفاق (فتح الباري: ١ / ١٠٢).

وقال العلامة أبو السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري في (جامع الأصول: ١ / ٣٠٦): «المراد بهذا الحديث: أن الله لا يَمَلُّ أبداً، مَلَكْتُمْ أو لم تَمَلُّوا، فجرى مجرى قولهم: لا أفعله حتى يشيب الغراب، ويبيض القار».

وقيل معناه: إن الله لا يَطْرَحُكُمْ حَتَّى تتركوا العمل له، وتزهدوا في الرغبة إليه، فسَمَى الفعلين مللاً، وكلاهما ليس بملل؛ كعادة العرب في وضع الفعل موضع الفعل إذا وافق معناه، نحو قوله:

ثُمَّ أَضْحَوْا لَعَبَ الدَّهْرِ بِهِمْ وكذلك الدَّهْرُ يُؤْدِي بِالرَّجَالِ

وقيل: معناه: إن الله لا يقطع عنكم فضله، حَتَّى تَمَلُّوا سؤاله، فسَمَى فعل الله مللاً، وليس بملل، على جهة الازدواج؛ كقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّكُمْ فَأَعَدُّوا عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٩٤]، وكقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، وهذا شائع في العربية، وكثير في القرآن، وانظر: (شرح صحيح مسلم للمصنف: ٦ / ٧١)، و(رياض الصالحين ص: ٨٠) بتحقيقه، و(فتح الباري: ١ / ١٠٢)، و(شرح السنة: ٤ / ٤٩)، و(النهاية في غريب الحديث والأثر: ملل).

الآخر: « والله ! لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً، ولبكيتم كثيراً »^(١)، وأشباهه في الصحيح كثيرة مشهورة. والله أعلم.

ثم إن حلف على فعل واجب، أو ترك حرام، فيمينه طاعة، والإقامة عليها واجبة، والحنث معصية، وتجب به الكفارة.

وإن حلف على ترك واجب، أو فعل حرام، فيمينه معصية، ويجب عليه أن يحنث، ويكفر. وإن حلف على فعل نفل، كصلاة تطوع، وصدقة تطوع، فالإقامة عليها^(٢) طاعة، والمخالفة مكروهة.

وإن حلف على ترك نفل، فاليمين مكروهة، والإقامة عليها مكروهة^(٣)، والسنة أن يحنث. وعدّ الشيخ أبو حامد وجماعة من هذا القبيل؛ ما إذا حلف لا يأكل طيباً، ولا يلبس ناعماً، وقالوا: اليمين عليه مكروهة؛ لقول الله تعالى:

﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾ [الأعراف: ٣٢] واختار القاضي أبو الطيب: أنها يمين طاعة؛ لما عرف من اختيار السلف خشونة العيش. وقال ابن الصبّاغ: يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس، وقصودهم، وبراغهم للعبادة، واشتغالهم^(٤) بالضيق والسعة، وهذا أصوب.

وإن حلف على مباح، لا يتعلق به مثل هذا الغرض؛ كدخول دار، وأكل طعام، ولبس ثوب، وتركها، فله أن يقيم على اليمين، وله أن يحنث، وهل الأفضل الوفاء باليمين، أم الحنث، أم يتخير بينهما، ولا ترجيح كما كان قبل اليمين؟ فيه أوجه:

أصحها: الأول، وبه قال أبو علي الطبري، واختاره الصّدّيق، وابن الصّبّاغ، والغزالي، وغيرهم؛ لقول الله تعالى:

﴿ وَلَا تَنْقُضُوا أَلَيْمَنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾ [النحل: ٩١] ولما فيه من تعظيم اسم الله تعالى.

(١) أخرجه البخاري (١٠٤٤)، ومسلم (٩٠١) واللفظ له، من حديث السيدة عائشة، وأخرجه الترمذي (٢٣١٢)، وابن ماجه (٤١٩٠)، والحاكم (٥٧٩ / ٤) من حديث أبي ذر الغفاري.

(٢) في المطبوع: « على ذلك » بدل: « عليها ».

(٣) قوله: « والإقامة عليها مكروهة » ساقط من (ظ).

(٤) في المطبوع: « وإشغالهم ».

وقد حصل ممّا ذكرناه؛ أنّ اليمين لا تغير حال المحلوف عليه عمّا كان، وجوباً وتحريماً، وندباً وكرهاً وإباحةً.

الطرف الثاني: في كيفية كفارة اليمين، وهي مختصةٌ بإشتمالها على تخيير في الابتداء، وترتيب في الانتهاء، فيتخير الحالف بين أن يطعم [١٢٠٣ / ب] عشرةً مساكين، أو يكسوهم، أو يعتق رقبةً؛ فإن اختار الإطعام، أطعم كلّ واحد مَدّاً، والقول في جنس الطعام، وكيفية إخراجِه، ومن يُصرفُ إليه، وامتناعُ إخراجِ القيمة، وصرفُ الأمدادِ العشرةِ إلى بعض، وسائرُ المسائلِ على ما سبق في « الكفّارات ».

وإن اختار الكسوة، كساهم على ما سنذكره، إن شاء الله تعالى.

وإن اختار الإعتاق، فلتكن الرقبة بالصفات المذكورة في « الكفّارات ».

ولو أطعم بعضَ العشرة، وكسا بعضهم، لم يُجزئُه^(١)، كما لا يجوزُ أن يعتق نصفَ رقبةٍ، ويطعم أو يكسو خمسةً.

ولو أطعم عشرةً، وكسا عشرةً، وأعتق رقبةً، أو أطعم ثلاثين مسكيناً، أو كساهم عن ثلاثِ كفّاراتٍ، ولم يعيّن، أجزأه عنهنّ؛ فإن عجزَ عن الخصال الثلاث، صام ثلاثة أيام، والقول فيما يَحْصُلُ به العجز، ذكرناه في « الكفّارات ».

ومن له أن يأخذ سهمَ الفقراء، أو المساكين من الزّكوات، أو الكفّارات، له أن يكفّر بالصوم؛ لأنه فقيرٌ في الأخذ، فكذا في الإعطاء، وقد يملكُ نصاباً، ولا يفي دخْلُهُ بِخَرْجِهِ، فيلزُمُه الزكاة، وله أخذُها. والفرق بين البابين؛ أنا لو أسقطنا الزكاة خلا النصاب عنها بلا بدّل، وللتكفير بالمال بدّل، وهو الصوم.

وهل يجبُ التتابعُ في صوم الثلاثة؟ قولان:

أظهرُهما، عند الأكثرين: لا، قال الإمام^(٢): وهو الجديّد، فإن أوجبناه؛ فالفطر في اليوم الثاني، أو الثالث بعذر المرض، أو السّفَرِ على الخلاف في كفارة الطّهار، والحیض هنا يقطعُ التتابع؛ لإمكانِ الاحترازِ عنه، بخلاف الشهرين.

وقيل: لا يقطعُه، كالشهرين.

(١) في المطبوع: « لم يجزه ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣١٨).

وقيل: قولان، كالمرض، والمذهب: الأول؛ فإن كانت لم تحض قط، فشرعت في الصوم، فابتدأها الحيض، فهو كالمرض.

فَرْغ: يجب في الكسوة التملك، والواجب: ثوب؛ قميص، أو سراويل^(١)، أو عمامة، أو جبة، أو قباء^(٢)، أو مقنعة^(٣)، أو إزار^(٤)، أو رداء^(٥)، أو طيلسان^(٦)؛ لأن الاسم يقع على كل هذا.

وحكي قول: أنه يشترط ساتر العورة، بحيث تصح الصلاة فيه، فتختلف الحال بذكورة الآخذ، وأنوثته، فيجزئ الإزار إن أعطاه لرجل، ولا يجزئ إن أعطاه لامرأة، والمشهور: الأول.

قلت: ويُجزئ المنديل، صرح به أصحابنا، والمراد به: هذا المعروف الذي يحمل في اليد، وقد صرح الدارمي بأن كل واحد من المنديل، والعمامة يجزئ. والله أعلم.

وأما الثوب الصغير الذي يكفي لرضيع، وصغير دون كبير، فإن أخذه الولي لصغير، جاز؛ لأن صرف [طعام]^(٧) الكفارة وكسوتها للصغار جائز كما في الزكاة، ويتولى الولي الأخذ.

وإن أخذه كبير لنفسه، جاز على الأصح، وبه قال القاضي حسين؛ لأنه لا يشترط أن يلبس الآخذ ما يأخذه؛ ولهذا يجوز أن يعطي الرجل كسوة المرأة، وعكسه، ولا يشترط المخيط؛ بل يجوز دفع الكرياس^(٨)، ويستحب أن يكون

(١) سراويل: هو ثوب محيط يستر أسفل البدن، ويصون العورة (إعانة الطالبين: ٤ / ١٢٢)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٦١ - ٢٦٢)، و(النجم الوهاج: ٨ / ٢٣٩).

(٢) قباء: ثوب يلبس فوق الثياب، أو القميص، ويتمنطق به (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٤٠).

(٣) مقنعة: بكسر الميم: اسم لما تُقنَعُ به المرأة رأسها. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٢٩).

(٤) إزار: ثوب يحيط بالنصف الأسفل من البدن، يذكر ويؤنث (المعجم الوسيط: ١ / ١٦).

(٥) رداء: ثوب يستر الجزء الأعلى من الجسم فوق الإزار (المعجم الوسيط: ١ / ٣٥٢).

(٦) الطيلسان: بفتح اللام، واحد الطيالة، وهو فارسي مُعَرَّب: ثوب يغطي به الرأس والبدن، يلبس فوق الثياب، وقد تكسر اللام منه (النظم المستعذب: ٢ / ١٤١).

(٧) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

(٨) الكرياس: بكسر الكاف: الثوب الخشن (المصباح: ك رب).

جديداً؛ خاماً كان أو مقصوراً، فإن كان ملبوساً، نُظِرَ:

إِنْ تَخَرَّقَ، أَوْ ذَهَبَتْ قُوَّتُهُ؛ لِمَقَارَبَةِ الْإِنْمِحَاقِ، لَمْ يُجْزَأْ، كَالطَّعَامِ الْمَعِيبِ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَهِ إِلَى ذَلِكَ الْحَدِّ أَجْزَأُهُ [١٢٠٤ / ١]، كَالطَّعَامِ الْعَتِيقِ.

ولا^(١) يَجْزَى الْمَرْقَعُ إِنْ رُقِعَ لِلتَّخَرُّقِ وَالْبَلَى، وَإِنْ^(٢) خِيطَ فِي الْإِبْتِدَاءِ مُرَقَّعاً؛ لَزِينَةٍ، وَغَيْرِهَا، أَجْزَأُهُ.

ولو كساهُ ثوباً لطيفاً، مُهْلَهْلَ النَّسِجِ^(٣)، غَيْرَ بَالٍ فِي جِنْسِهِ، لَكِنْ مِثْلُهُ إِذَا لُيْسَ لَا يَدُومُ، إِلَّا بِقَدَرٍ مَا يَدُومُ الثَّوبُ الْبَالِي، قَالَ الْإِمَامُ^(٤): يَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَجْزَى؛ لَضَعْفِ النِّفْعِ فِيهِ.

وَأَمَّا الْجِنْسُ، فَيَجْزَى الْمَتَّخَذُ مِنْ صُوفٍ، وَشَعَرٍ، وَقُطْنٍ، وَكَتَّانٍ، وَقَزٍّ^(٥)، وَإِبْرِيْسَمٍ^(٦)، سِوَاكَ كَانَ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ رَجُلًا، لَا يَحِلُّ لَهُ لُبْسُهُ، أَوْ امْرَأَةً، وَفِي الرَّجُلِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ^(٧)، وَسِوَاكَ فِي كُلِّ جِنْسٍ: الْجَبْدُ، وَالرَّدِيءُ، وَالْمَتَوَسِّطُ. وَلِلْقَاضِي حُسَيْنٍ احْتِمَالٌ فِي اشْتِرَاطِ الْكُسُوةِ الْغَالِبَةِ فِي الْبَلَدِ، كَالطَّعَامِ.

وَفِي الدُّرْعِ^(٨)، وَالْمَكْعَبِ^(٩): وَهُوَ الْمِدَاسُ، وَالتَّغْلُ، وَالْجَوْرِبُ^(١٠)

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « لَا » بِدُونِ « الْوَ ». .

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « إِنْ » بِدُونِ « الْوَ ». .

(٣) مُهْلَهْلُ النَّسِجِ: ثَوْبٌ مُهْلَهْلٌ: ضَعِيفُ النَّسِجِ. انْظُرْ: (الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ: ٢ / ١٠٣٣).

(٤) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٨ / ٣١٧).

(٥) الْقَزُّ: الْحَرِيرُ عَلَى الْحَالِ الَّتِي يَكُونُ عَلَيْهَا عِنْدَمَا يَسْتَخْرَجُ مِنَ الصُّلْجَةِ. وَدُودُ الْقَزِّ: دُودُ الْحَرِيرِ (الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ: ٢ / ٧٦١).

(٦) الْإِبْرِيْسَمُ: مَا مَاتَتْ دُودَةُ الْقَزِّ فِيهِ، وَحُلَّ عَنْهَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَيُسَمَّى بِالْحَرِيرِ الْمُسْكِي. انْظُرْ: (فَهْمُ الْعِبَادَاتِ ص: ٣٧٨).

(٧) فِي الْمَطْبُوعِ: « تَضْعِيفٌ ». .

(٨) الدُّرْعُ: ثَوْبٌ لَا أَكْمَامَ لَهُ، وَهُوَ سَاتِرٌ لْغَالِبِ الْبَدَنِ (النِّجْمُ الْوَهَّاجُ: ١٠ / ٣٣).

(٩) مَكْعَبٌ: بَضْمُ الْمِيمِ وَفَتْحُ الْكَافِ وَتَشْدِيدُ الْعَيْنِ، أَوْ: بَكْسَرُ الْمِيمِ، وَسُكُونُ الْكَافِ، وَتَخْفِيفُ الْعَيْنِ، وَزَانٌ مُفْقُودٌ، وَهُوَ مِدَاسُ الرَّجُلِ لَا يَبْلُغُ الْكَعْبَيْنِ. انْظُرْ: (مَغْنِي الْمَحْتَاكِ: ٣ / ٤٣٠)، وَ(الْمَصْبَاحُ: ك ع ب)، وَ(النِّجْمُ الْوَهَّاجُ: ٨ / ٢٤٠)، وَ(إِعَانَةُ الطَّالِبِينَ: ٤ / ١٢٢).

(١٠) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَالْجَوَارِبُ ». .

وَالْخُفَّ، وَالْقَلَنْسُوءَ، وَالتَّبَّانَ^(١): وهو سراويل قصير، لا يبلغ^(٢) الركبة، وجهان^(٣).

أصْحُمَا: المنع؛ لعدم اسم الكُسوة.

والثاني: الإجزاء؛ لإطلاق اسم اللبس، ومنهم مَنْ قَطَعَ بالمنع في الخف، والنعل، والجُورب^(٤).

ولا تجزئ المِنطقة^(٥)، والخاتم قطعاً، وكذا التَّكَّة^(٦) على المذهب، وفي « جمع الجوامع » للرويانِي طَرَدَ الخلاف فيها.

قال الصيدلاني: ويجزئ قميص اللبد في بلد جرت عادة غالب الناس أو نادرهم بلبسه.

قلت: قال الدَّارِمِي: فَإِنْ دَفَعَ مَا لَا يَعْتَادُ لِبْسَهُ، كَجُلُودٍ، وَنَحْوِهَا، لَمْ يُجْزِهِ. وَاللهُ أَعْلَمُ.

الطرف الثالث: فِيمَنْ تَلَزَمَتِ الْكُفَّارَةُ، وَهُوَ كُلُّ مَكْلَفٍ حَنَثَ فِي يَمِينِهِ، سِوَاءٍ فِيهِ: الْحُرِّ وَالْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ؛ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ إِخْرَاجِهَا، أُخْرِجَتْ مِنْ تَرِكَتِهِ.

فَصَلِّ: الْعَبْدُ يَكْفُرُ عَنِ الْيَمِينِ وَغَيْرِهَا بِالصُّومِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَإِنْ قَلْنَا: يَمْلِكُ بِتَمْلِيكِ سَيِّدِهِ؛ فَإِنْ أَطْلَقَ التَّمْلِيكَ، لَمْ يَمْلِكْ إِخْرَاجَ الْكُفَّارَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَإِنْ مَلَكَهُ الطَّعَامُ أَوِ الْكُسُوءُ؛ لِيُخْرِجَهُ فِي الْكُفَّارَةِ، أَوْ مَلَكَهُ مُطْلَقاً، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ، كَفَرَ بِالْإِطْعَامِ، أَوِ الْكُسُوءِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي « الْكَفَّارَاتِ » وَذَكَرْنَا أَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ عَبْدًا؛ لِيَعْتَقَهُ عَنِ الْكُفَّارَةِ لَمْ يَقَعْ عَنِ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَبِنَاءِ

(١) التَّبَّان: بضم التاء وتشديد الباء، وهو سراويل قصير جداً. قال الجوهري: هو مقدار شبرٍ يستر العورة المغلطة فقط، يكون للملاحين (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٨).

(٢) في المطبوع: « وهو سراويل قصيرة لا تبلغ... ».

(٣) في المطبوع: « فوجهان ».

(٤) في المطبوع: « والجوارب ».

(٥) المِنطقة: ما يُشَدُّ به الوسط، وهي حزامٌ من جلدٍ، أو نحوه على هيئة (الكَمَر) إلا أنها ليس فيها موضع للنقود.

(٦) التَّكَّة: رباط السراويل، جمعها: تَكَك، قال في « المصباح »: « مثل: سِدْرَةٌ وَسِدْرٌ ». وقال الدِّمِيرِي في (النجم الوهاج: ١٠ / ٣٣): « التَّكَّة، بفتح التاء لا غير، وكسرهما من لحن العوام ».

الإمام^(١) على أنه : لو ملكه عبداً ، وأذن في إعتاقه متبرعاً ، فلمن الولاء ؟ فيه أقوال .

أحدها : للسيد ؛ لقصور العبد عن استحقاق حقوق الولاء من الإرث والولاية .

والثاني : يوقف . فإن عتق العبد ، بان أن الولاء له ، وإن مات رقيقاً ، فليسيدو .

والثالث : للعبد ، فعلى هذا : إن أذن له في الإعتاق عن الكفارة ، وقع عنها ، وثبت له الولاء ، وإن قلنا : الولاء للسيد ، وقع العتق له على الأصح ، وكأن الملك انقلب إليه . وفي وجهه ، وقول : يقع عن العبد ، ويجزئه عن الكفارة ، ويختص التعذر بالولاء .

وإن قلنا بالتوقف في الولاء ، فوجهان :

قال القفال : تجزئ عن الكفارة .

وقال الصيدلاني ، والقاضي حسين : يتوقف في الوقوع عن الكفارة ، تبعاً للولاء ، فإذا قلنا في هذه التفاريع ، يقع العتق عن الكفارة فأذن السيد في الإعتاق في كفارة مرتبة ، فهل له أن يكفر بالصوم ؛ لضعف ملكه ؟ فيه احتمالان للإمام^(٢) ؛ لأنه لا يعد مؤسراً ، ولهذا ينفق على زوجته نفقة المعسر ، وإن ملكه السيد أموالاً عظيمة .

ولو أعتق المكاتب عن كفارته بإذن سيده ، وصححنا تبرعته [١٢٠٤ / ب] بإذن سيده ، قال الصيدلاني : الذي ذكره الأصحاب : أنه تبرأ ذمته عن الكفارة ، وعندي أن الأمر موقوف ، فقد يعجز ، فيرق ، فيكون الولاء موقوفاً ، فوجب^(٣) التوقف في الكفارة .

ولو كفر السيد عن العبد بإطعام ، أو كسوة ، أو إعتاق بإذنه ، فهو على الخلاف في أنه : يملك بالتملك بتفريعه ، وإذا كفر بالصوم ، فهل يستقل^(٤) به ؟ أم يحتاج إلى إذن السيد ؟ فيه خلاف وتفصيل ، سبق في « الكفارات » .

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٢٤) .

(٢) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٢٦) .

(٣) في المطبوع : « فيجب » .

(٤) في المبوط : « يستقبل » ، خطأ .

وحيث يحتاج، فللسيد منع الأمة من الصوم؛ لأنه يفوت الاستمتاع، والكفارة على التراخي. وله منع العبد [عن الصوم] ^(١) إن كان يضعف به عن الخدمة، أو يناله ضرر، وإلا، فلا منع على الأصح، وعلى هذا: لا يمنعه من صوم التطوع، وصلاة التطوع، في مثل هذه الحالة في غير زمان الخدمة، كما لا يمنعه من الذكر، وقراءة القرآن، في تركذاته.

وحيث احتاج إلى الإذن، فصام بلا إذن، أجزأه، كما لو صلى الجمعة بلا إذن.

ولو مات العبد، وعليه كفارة يمين، فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام، وإن قلنا: لا يملك بالتملك؛ لأن التكفير عنه في الحياة يتضمن دخوله في ملكه، والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك، ولأنه ليس للميت ملك محقق، ولأن الرق لا يبقى بعد الموت، فهو والحر سواء، وهذا ما قطع به الأصحاب، وفيه احتمال للإمام ^(٢)، فعلى الأول: لو أعتق عنه، لم يجزئه، على الأصح؛ لما ذكرنا من إشكال الولاء.

فصل: في الحر يموت وعليه كفارة، فتخرج من تركته، سواء أوصى بها، أم لا، وسبيلها سبيل الديون. وذكرنا في « كتاب الوصية » وجهاً: أنه إن أوصى بها، حُسبت من الثلث، ووجهاً: أنها من الثلث، وإن لم يوص، والصحيح: الأول.

وإذا وفّت التركة بحقوق الله تعالى، وحقوق الآدمي، قضيت جميعاً، وإن لم تَب، وتعلق بعضها بالعين، وبعضها بالذمة، قدّم المتعلق بالعين، سواء اجتمع النوعان، أو انفرد أحدهما. وإن اجتمعا، وتعلق الجميع بالعين، أو الذمة، فهل يقدم حق الله تعالى، أم الآدمي، أم يستويان؟ فيه ثلاثة أقوال، سبقت في مواضع.

أظهرها: الأول، ولا تجري هذه الأقوال في المحجور عليه بفلس، إذا اجتمع النوعان؛ بل تقدم حقوق الآدمي، وتؤخر حقوق الله تعالى، ما دام حياً. ثم إن ^(٣) كانت الكفارة مرتبة أعتق عنه الوارث، وكذا لو أوصى ^(٤) ويكون الولاء للميت، فإن

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٢٩).

(٣) في المطبوع: « وإن » بدل « ثم إن ».

(٤) في المطبوع زيادة: « الوصي ».

تَعَذَّرَ الْإِعْتَاقُ، أَطْعَمَ مِنَ التَّرَكَةِ، وَإِنْ كَانَتْ كَفَّارَةُ تَخْيِيرٍ^(١)، جَازَ الْإِطْعَامُ وَالْكُسُوءَةُ مِنَ التَّرَكَةِ، وَكَذَا الْإِعْتَاقُ عَلَى الْأَصَحِّ. وَالْوَاجِبُ مِنَ الْخِصَالِ أَقْلُهَا قِيَمَةً، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَرَكَةً، فَتَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِالْإِطْعَامِ، أَوْ الْكُسُوءَةِ عَنْهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، جَازَ عَلَى الْأَصَحِّ، فَإِنْ تَبَرَّعَ بِهِمَا الْوَارِثُ، جَازَ عَلَى الصَّحِيحِ.

وقيل: لا؛ لِتُعَدَّ الْعِبَادَاتُ عَنِ النِّيَابَةِ، وَإِنْ تَبَرَّعَ الْأَجْنَبِيُّ بِالْإِعْتَاقِ فِي كَفَّارَةِ التَّخْيِيرِ^(٢)، لَمْ يَصَحَّ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لَعَلَّتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: سُهُولَةُ التَّكْفِيرِ بِغَيْرِ إِعْتَاقٍ، فَلَا^(٣) يَعْتَقُ، لَمَّا فِيهِ مِنْ عُسْرِ إِثْبَاتِ الْوَلَاءِ.

وَالثَّانِيَةُ: فِيهِ إِضْرَارٌ بِأَقَارِبِ الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّهُمْ يُؤَاخِذُونَ بِجَنَايَةِ عَتِيقِهِ، فَإِنْ كَانَ الْمَعْتَقُ وَارِثًا، جَازَ عَلَى الْعَلَّةِ الثَّانِيَةِ دُونَ الْأُولَى.

وَفِي الْكَفَّارَةِ الْمُرْتَبَةِ لِلْوَارِثِ أَنْ يَتَبَرَّعَ بِالْإِعْتَاقِ، وَكَذَا لِلْأَجْنَبِيِّ عَلَى الْأَصَحِّ؛ بِنَاءً عَلَى الْعَلَّةِ الْأُولَى. وَفِي صَوْمِ الْوَلِيِّ وَالْأَجْنَبِيِّ خِلَافٌ [١٢٠٥ / أ]، سَبَقَ فِي الصِّيَامِ.

وَإِذَا أَوْصَى بِأَنْ يَعْتَقَ عَنْهُ فِي كَفَّارَةِ التَّخْيِيرِ^(٤)، وَزَادَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدِ عَلَى قِيَمَةِ الطَّعَامِ وَالْكُسُوءَةِ، فَثَلَاثَةُ أَوْجُهُ.

أَضْعَفُهَا: يَتَعَيَّنُّ الْإِعْتَاقُ، وَتَحْسَبُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

وَالثَّانِي: تَحْسَبُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ مِنَ الثَّلْثِ؛ لِأَنَّ بَرَاءَةَ الذِّمَّةِ تَحْصُلُ بِدُونِهَا^(٥)، فَعَلَى هَذَا: إِنْ وَفَى الثَّلْثُ بِقِيَمَةِ عَبْدٍ مُجْزِئٍ، أَعْتَقَ عَنْهُ، وَإِلَّا بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ، وَعُدَلَ إِلَى الْإِطْعَامِ، وَالْكُسُوءَةِ، وَهَذَا الْوَجْهُ أَصَحُّ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ.

وَالثَّالِثُ: تُحْسَبُ قِيَمَةُ أَقْلَهُمَا^(٦) قِيَمَةً مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَالزِّيَادَةُ إِلَى تَمَامِ قِيَمَةِ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «تَنْجِيزٌ»، تَحْرِيفٌ، وَانْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلُبِ: ١٨ / ٣١٣).

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «التَّجْزِيزُ» تَحْرِيفٌ، وَانْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلُبِ: ١٨ / ٣١٣).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَلَا».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «التَّجْزِيزُ»، تَحْرِيفٌ.

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ: «بَلْزَوْمِهَا»، خَطَأً.

(٦) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَقْلُهَا».

العبد من الثلث، فإن وقى ثلث الباقي مضموماً إلى الأقل المحسوب من رأس المال بقيمة عبد، أعتق عنه، وإلا بطلت الوصية، وعدل إلى الإطعام والكسوة.

فَرُوع: مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ، وَبَعْضُهُ رَقِيقٌ، إِنْ كَانَ مَعْسِراً، كَفَّرَ بِالصَّوْمِ، وَإِنْ كَانَ مُوسِراً فَوَجْهَانِ، وَإِنْ شُئْتَ قُلْتَ: قَوْلَانِ؛ مَنْصُوصٌ وَمُخْرَجٌ^(١)، الصَّحِيحُ الْمَنْصُوصُ: لَا يَكْفُرُ بِالصَّوْمِ؛ بَلْ يُطْعَمُ وَيَكْسُو، وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَا يَكْفُرُ بِالْإِعْتِقَادِ؛ لِتَضَمُّنِهِ الْوَلَايَةَ وَالْإِرْثَ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا.

وقيل: في تكفيره بالعتق قولان، كإعتاق المكاتب بإذن سيده عن كفارته، وهو ضعيف، وخرج المُرْنِيُّ أَنَّهُ يَكْفُرُ بِالصَّوْمِ، وَصَوَّبَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ. وبالله التوفيق.



(١) قولان منصوصٌ ومُخْرَجٌ: معناها كما قال أبو القاسم الرافعي في كتاب التيمم من «فتح العزيز»: «أنه إذا ورد نصان عن صاحب المذهب مختلفان في صورتين متشابهتين، ولم يظهر بينهما ما يصلح فارقاً، فالأصحاب يخرجون نصه في كل واحدة من الصورتين في الصورة الأخرى؛ لاشتراكهما في المعنى، فيجعل في كل واحدة من الصورتين، قولان: منصوصٌ ومُخْرَجٌ؛ المنصوص في هذه هو المخرج في تلك، والمنصوص في تلك هو المخرج في هذه، فيقولون: فيهما قولان بالنقل والتخريج؛ أي: نقل المنصوص في هذه الصورة إلى تلك الصورة، وخرج منها، وكذلك بالعكس.

ويجوز أن يراد بالنقل الرواية، ويكون المعنى في كل واحدٍ من الصورتين قول منقول، أي: مروي عنه، وآخر مُخْرَجٌ.

ثم الغالب في مثل ذلك عدم إطباق الأصحاب على هذا التصرف؛ بل ينقسمون غالباً فريقين، منهم من يقول به، ومنهم من يمتنع ويستخرج فارقاً بين الصورتين، يستند إليه افتراق النصين.

وقال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٦٠): «وقد اختلف أصحابنا في القول المخرج، هل ينسب إلى الشافعي رضي الله تعالى عنه؟ فمنهم من قال: ينسب، والصحيح الذي قاله المحققون: لا ينسب؛ لأنه لم يقله، ولعله لو رُوجع ذكر فارقاً ظاهراً».

الباب الثالث

فيما يقع به الحنث

الأصل المرجوع إليه في البرِّ والحنث، اتباع مقتضى اللفظ الذي تعلقت به اليمين، وقد يتطرق إليه التقييد والتخصيص، بنية تقترب به، أو باصطلاح خاص^(١)، أو قرينة، والصورة التي تدخل في الباب لا تنهاى؛ لكن تكلم الشافعي، والأصحاب، رحمهم الله، في أنواع تغلب، ويكثر استعمالها، ويقاس عليها غيرها، وفيه أنواع:

الأول: الدخول والمساكنة، وفيه مسائل.

أحداها: لو حلف لا يدخل الدار، حنث بالحصول في عرصة الدار، وأبنيتهما من البيوت، والغرف، وغيرها، فإن صعد سطحها؛ بأن تسور الجدار^(٢)، أو جاء من دار الجار، لم يحنث، إن كان السطح غير محوط، ولا عليه سترة؛ فإن كان، فوجهان.

الأصح، وظاهر النص: لا يحنث أيضاً، كما لو حصل على الجدار.

والثاني: إن كان التحويط من الجوانب الأربعة، حنث، وإن كان من جانب، فلا، وإن كان من جانبيين^(٣)، أو ثلاثة، فوجهان مرتبان. هذا إذا لم يكن السطح مسقفًا؛ فإن كان مسقفًا، كله، أو بعضه، حنث قطعاً، إذا كان يصعد إليه من الدار؛ لأنه من أبنية الدار.

(١) في الأصول الخطية: «حاصل» بدل «خاص»، المثبت من المطبوع، موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٨١).

(٢) في المطبوع: «جدارها».

(٣) في المطبوع: «الجانبيين».

ولو حلفَ ليخرجَنَّ من الدارِ، فهل يَبْرُ بصعود السطح، وجهان.

أحدهما: لا، وبه قال الشيخ أبو محمد؛ لأنه لا يعدُّ خارجاً حتَّى يفارق السطح.

وأصحُّهما: نَعَمْ، وبه قال القاضي حُسَيْن، لأنه يصحُّ أن يقال: ليس هو في الدارِ، وإذا لم يكن فيها، كان خارجاً، ويؤيِّده: أَنَّ ابن الصَّبَّاح حكى عن الأصحاب أنه: لو حلفَ لا يخرجُ من الدارِ، فصعدَ سطحها، حَنَثَ، ولا يخفى أنه ينظرُ في الخروج أيضاً إلى كَوْنِ السطح مَحْطاً، أو غيره.

ولو حلفَ لا يدخلُ، فدخلَ الطاقَ المضروبَ خارجَ الباب، لم يَحْنَثْ، على الأصحِّ؛ لأنه لا يقال: دخلَ الدارَ.

والثاني: يَحْنَثُ؛ لأنه من الدارِ [١٢٠٥ / ب]؛ ولهذا يدخل في يَبْعُها.

ولو^(١) دخل الدَّهْلِيْزَ^(٢) خلفَ البابِ، أو بينَ البابينِ حَنَثَ؛ لأنه من الدارِ. وحكى الفورانيُّ نصّاً: أَنَّ داخِلَ الدَّهْلِيْزِ لا يَحْنَثُ، وحملوه على الطَّاقِ^(٣)، خارجَ البابِ، وأشار الإمامُ إلى إثباته قولاً في الدَّهْلِيْزِ، وقال: لا يَبْنَعُدُ أَنَّ يقال: دَخَلَ الدَّهْلِيْزِ، ولم يدخلِ الدارَ.

وجعل المُتَوَلَّى الدَّرْبَ المختصَّ بالدارِ أمامَ البابِ^(٤)، إذا كان داخلاً في حَدِّ الدارِ، ولم يكن في أولها بابٌ، كالطَّاقِ، قال: فإن كان عليه باب، فهو من الدارِ مُسَقِّفاً كان، أو غيره.

فَرَعٌ: حلفَ: لا يدخلُ الدارَ، وهو فيها، لا يَحْنَثُ بالمُكْثِ، وحكى قولٌ، ووجه: أنه يَحْنَثُ، والمشهور: الأولُ، وعليه نَصٌّ في « حَرَمَلَة »^(٥). ولو حلفَ

(١) في المطبوع: « فلو » بدل « ولو ».

(٢) الدَّهْلِيْزِ: بكسر الدال: المدخل بين الباب والدار، فارسيٌّ معرَّب. انظر: (مختار الصحاح، والمعجم الوسيط: د ه ل ز)، و (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٤).

(٣) الطَّاقُ: المعقودُ أمام الدار متصلاً بها، فارسيٌّ معرَّب، وجمعه أطواق (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٤).

(٤) في المطبوع: « البيت » بدل « الباب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٢٨٢).

(٥) نَصٌّ في حَرَمَلَة: معناه: قال الشافعيُّ في الكتاب الذي نقله عنه حَرَمَلَة، فسَمَّى الكتابَ باسمِ راويه مجازاً، كما يقال: قرأت البخاريَّ، ومسلماً، والترمذيَّ، والنسائيَّ، وسيبويه، والزمخشريَّ، =

لا يخرجُ، وهو خارج، لا يَحْنُثُ بتركِ الدخول، وكذا لو حلفَ لا يتزوَّجُ، وهو متزوَّجُ، أو لا يتطهَّرُ، وهو متطهَّرُ، أو لا يتوضَّأُ وهو متوضَّئُ، فاستدامَ النكاحُ، والطهارةُ، والوضوءُ، لا يَحْنُثُ.

ولو حلفَ لا يَلْبَسُ، وهو لا يَلْبَسُ، فلم يَنْزِعْ، أو لا يركُبُ، وهو راكب، فلم يَنْزِلْ، حَنِثَ بالاستدامةِ، لأنه يسمَّى لُبْساً، وركوباً، ولهذا يَصِحُّ^(١) أَنْ يَقَالَ: لبستُ شهراً، وركبتُ ليلةً، ولا يَصِحُّ أَنْ يَقَالَ: دخلتُ شهراً، وتزوجتُ^(٢) شهراً، وإنما يقال: سكنتُ، أو أقمتُ شهراً.

ولو حَنِثَ باستدامةِ اللُّبْسِ، ثم حلفَ لا يَلْبَسُ، فاستدامَ، لزمه كفارةٌ أخرى؛ لأن اليمينَ الأولى انحلت بالاستدامةِ الأولى، وهذه يمينٌ أخرى، وقد حَنِثَ فيها، واستدامةُ القيام، والقعود، واستقبالُ القبلة، قيامٌ، وقعودٌ واستقبالٌ، وهل استدامةُ التطيُّبِ تطيُّبٌ^(٣)؟ وجهان.

أصحهما: [لا]^(٤). ولهذا لو تطيَّبَ، ثم أحرَمَ، واستدامَ، لا يلزمه الفدية، وذكرَ الوجهانِ، فيما لو حلفَ أَنْ لا يَطَأَ، وهو في خلالِ الوطءِ، فلم يَنْزِعْ، أو أَنْ لا يصومَ، أو لا يصلِّيَ وهو شارعٌ فيهما، فلم يتركْ. ويتصورُ ذلك في الصلاة إذا حلفَ ناسياً للصلاة^(٥)؛ فَإِنَّ اليمينَ تنعقدُ. ولو^(٦) حلفَ لا يَغْصِبُ، لم يَحْنُثْ باستدامةِ المغصوب في يده. ولو حلفَ لا يسافرُ، وهو في السفر، فوقفَ، أو أخذَ في العودِ في الحال، لم يَحْنُثْ، وإن سار على وجهه حَنِثَ^(٧)، وكأن الصورة فيمن

= وشبهها (تهذيب الأسماء واللغات : ١ / ٣٨٧).

(١) في المطبوع: « يصلح »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٢٨٣).

(٢) في المطبوع: « أو تزوجت ».

(٣) في المطبوع: « بطيب »، تصحيف.

(٤) كلمة: « لا » ساقطة من (ظ).

(٥) في المطبوع: « في الصلاة » بدل: « للصلاة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٢ / ٢٨٣)، (و) النجم الوهاج: ١٠ / ٤٣).

(٦) في المطبوع: « وإن ».

(٧) في المطبوع: « ... لم يحنث في العود » بدل: « لم يحنث، وإن سار على وجهه حنث ». قوله: « في العود » إقحام، ومكانها في السطر التالي.

حلف على الامتناع عن ذلك السفر، وإلا فهو في العود^(١) مسافر أيضاً.

فَرْعٌ: إذا حلف: لا يدخل الدارَ، حَنِثَ بالحُصُولِ فيها، سواءً دخلها من الباب، أو من ثُقْبٍ في الجدار، أو كان في الدار نَهْرٌ خارجٌ، فطرحَ نفسه في الماء فحَمَلَهُ، أو سَبَحَ، أو ركبَ سفينةً، فدخلت السفينة الدارَ، أو نزلَ من السطح. وفي صورة السطح وجهٌ ضعيف. وسواء دخلها راكباً، أو ماشياً.

ولو أدخل في الدار يده، أو رأسه، أو إحدى رجلَيْه، لم يَحْنَثْ. وكذا لو مَدَّ رجلَيْه فأدخلهما الدار، وهو قاعدٌ خارجها، لم يَحْنَثْ، وإنما يَحْنَثُ إذا وضعهما في الدار، واعتمدَ عليهما، أو حصل في الدار متعلقاً بشيء.

ولو حلف لا يخرجُ، فأخرجَ يده، أو رجله، أو رجلَيْه، وهو قاعدٌ فيها، لم يَحْنَثْ.

ولو كان في الدار شجرة متشرة^(٢) الأغصان، فتعلقَ ببعضها؛ فإن حصلَ في مُحَاذَاةِ البنيان بحيثُ صارت محيطَةً به، عاليةً عليه، حَنِثَ. وإن حصلَ في مُحَاذَاةِ سُترة السطح، ففيه الوجهان. وإن كان أعلى من ذلك، لم يَحْنَثْ.

المسألة الثانية: حلف: لا يدخل [١ / ١٢٠٦] أو لا يسكنُ بيتاً، فاسم البيت يقعُ على المبنى من طينٍ، وأجرٍ ومَدَرٍ، وحَجَرٍ، وعلى المتَّخذ من خَشَبٍ، وصوفٍ، ووبرٍ، وشَعَرٍ، وجلدٍ، وأنواع الخيام، فإن نوى نوعاً منها، حُمِلَ عليه، وإن أطلقَ، حُمِلَ على أي بيت كان منها، إن كان الحالف بدويّاً، وإن كان قرويّاً، فثلاثة أوجه:

الأصحُّ، وظاهرُ النصِّ: يَحْنَثُ أيضاً.

والثاني: لا.

والثالث: إن كانت قريته قريبةً من البادية، حَنِثَ، وإلا، فلا.

ولا يَحْنَثُ بدخولِ البيعِ، والكنائسِ، وبيوتِ الحَمَامِ، والغارِ في الجبلِ، والكعبةِ، والمساجِدِ على المذهب؛ لأنها ليست للإيواءِ والسكنِ، ولا يقعُ عليها اسمُ

(١) قوله: « في العود » ساقط من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « منشرة ».

البيت إلا بتقييد، وخرج ابنُ سُرَيْجٍ الجميعَ على قولين، وحكى المتولِّي في الكعبة والمساجد وجهاً.

ولو دخل دِهْلِيْزَ دار، أو صَحْنَهَا، أو صُفْتَهَا، لم يَحْنُثْ على الصحيح. وعن القاضي أبي الطَّيِّبِ المِيلُ إلى الحِنْثِ؛ لأن جميعَ الدار بيتٌ بمعنى الإيواء. **قلتُ:** ولا يَحْنُثُ بدخول بيتِ الرَّحَى على الصحيح، ذكره الغزالي وغيره. والله أعلم.

الثالثة: حَلَفَ: لا يسكنُ هذه الدارَ، أو لا^(١) يقيمُ فيها، وهو عند الحَلَفِ فيها، فمكثَ ساعةً بلا عُذر، حِنْثٌ.

وإذا مكثَ، فسواءٌ أخرجَ أهله، ومتاعه، أم لا؛ لأنه حلف على سُكْنَى نفسه، لا أهله ومتاعه. فلو خرجَ وتركَ فيها أهله ومتاعه، لم يَحْنُثْ.

ولو حَلَفَ لا يسكنُ داراً، فانتقلَ إليها بنفسه، دونَ أهله وماله، حِنْثٌ.

ولو مكثَ عُذرٌ؛ بأنْ أغلقَ عليه البابُ^(٢)، أو مُنِعَ من الخروج، أو خاف على نفسه، أو ماله لو خرجَ، أو كان مريضاً، أو زَمِناً لا يَقْدِرُ على الخروج، ولم يَجِدْ مَنْ يُخرجه، لم يَحْنُثْ.

وإنْ مرضَ، وَعَجَزَ بعد الحَلَفِ، ففي الحِنْثِ الخلافُ في حِنْثِ المُكْرَه. وقد تُخْرِجُ سائرُ الصُّوَرِ على ذلك الخلاف؛ فإنْ وجدَ المريضُ مَنْ يُخرجه، فينبغي أنْ [يأمره]^(٣) بإخراجه، فإنْ لم يفعلْ، حِنْثٌ.

وإنْ مكثَ الحَالِفُ مشغولاً بأسبابِ الخروج؛ بأنْ انتهضَ لَجَمْعِ المتاع، وبأمرِ أهله بالخروج، ويلبَسُ^(٤) ثوبَ الخروج، لم يَحْنُثْ على الأصح؛ لأنه لا يُعَدُّ ساكناً، كما لو خرجَ في الحال، ثم عاد؛ لنقلِ متاع، أو زيارة، أو عيادة، أو عمارة؛ فإنْ الأصحابَ قالوا: لا يَحْنُثُ؛ لأنه فارَقَهَا، وبمَجَرَّدِ العَوْدِ، لا يصيرُ ساكناً.

(١) في المطبوع: «ولا» بدل: «أو لا».

(٢) كلمة: «الباب» ساقطة من (أ).

(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

(٤) في (أ)، والمطبوع: «ويأمر أهله بالخروج، ويلبس...».

ولو احتاج إلى أن يبيت فيها ليلة؛ لحفظ متاع، ففيه احتمالان لابن كج.
والأصح عنده: أنه لا يحنث.

ولو خرج في الحال، ثم اجتاز بها؛ بأن دخل من باب، وخرج من آخر، فقال
القاضي حسين: الصحيح أنه لا يحنث، وإن تردّد فيها ساعة بلا غرض، حنث.
وينبغي أن لا يحنث بالتردد؛ لأنها لا تصير به مسكناً.

قال البغوي^(١): ولو عاد مريضاً ماراً في خروجه، لم يحنث، وإن قعد عنده
حنث، ولو خرج في الحال، ثم دخل، أو كان خارجاً حين حلف، ثم دخل لا يحنث
بالدخول ما لم يمكث؛ فإن مكث، حنث، إلا أن يشتغل بحمل متاع، كما في
الابتداء.

الرابعة: في الحلف على المساكنة. قال الشافعي رحمه الله: المساكنة: أن يكونا
في بيت، أو بيتين، حُجِرَتْهُمَا واحدة، ومدخلهما واحد. قال الشيخ أبو حامد: أراد
بالْحُجْرَةِ: الصَّخْن، فإن أقام كل واحد في دار، فلا مساكنة [١٢٠٦ / ب]، سواء
كانت الداران كبيرتين، أو صغيرتين، أو إحداهما كبيرة، والأخرى صغيرة؛ كحُجْرَةِ
لطيفة بجانب دار، وسواء كانتا في دَرْبٍ نافذ، أو غير نافذ. فإن سكنا في بيتين من
خان^(٢) كبير، أو صغير، أو من دار كبيرة، فثلاثة أوجه:

الأصح: لا مساكنة، سواء كان البيتان متلاصقين، أو متفرقين.

والثاني: بلى.

والثالث: تثبت المساكنة في الدار دون الخان؛ لأنها تعد مسكناً لواحد،
والخان يُبنى لسكنى جماعة. ويشبه أن لا يشترط في الخان أن يكون على البيت باب
وغلق، كالذّور في الدّرب.

ويشترط في الدار الكبيرة أن يكون على كل بيت منها باب وغلق، فإن لم
يكونا، أو سكنا في صفتين منها، أو في بيت وصفة، فهما متساكنان في العادة.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١١٥).

(٢) الخان: مكان لراحة المسافرين مع رواحلهم، وهو أشبه بـ: «الفندق» في عصرنا. انظر: (النظم
المستعذب: ٢ / ٢٧٨)، و(المصباح: خ و ن).

ولو أقامًا في بيتين من دار صغيرة، فهما مُتساكِنان، وإن كان لكل واحد بابٌ وعلَقٌ؛ لمقاربتهما وكونهما في الأصل مَسْكَنًا واحدًا، بخلاف الخان الصغير، هكذا فَصَّلَ الأكثرُونَ. ومنهم مَنْ أطلَقَ وجهين في بيتي الدار، ولم يفرِّق بين الصغيرة والكبيرة، ورأى الأصحَّ حصولَ المُساكنة. وعلى هذا: لو كان أحدهما في الدار، والآخرُ في حُجْرةٍ منفردةٍ المَرافِقِ، وبابُها في الدار، فلا مُساكنةَ على الأصحَّ، وبه قطعَ البغويُّ^(١) في حُجْرَتَيْنِ منفردَتَيِ المَرافِقِ في دار. والمِرْفَقُ: المُسْتَحَمُّ، والمَطْبُخُ، والمِرْقَى، وغيرها، ولم يذكروا في الحُجْرة في الخانِ خلافاً، وإن كان المرقى في الخان.

إذا تقررَ هذا، فقال: والله! لا أساكنَ زيدا؛ فإنَّما أن يُقَيَّدَ المساكنةَ ببعض المواضع لفظاً؛ بأن يقول: في هذا البيت، أو هذه الدار، وإنَّما أن لا يَقَيَّدَ.

الحالة الأولى: أن يُقَيَّدَ، فيَحْنُثَ بتساكنهما في ذلك الموضع؛ فإن كانا فيه عند الحَلِفِ، ففارقَ أحدهما الآخرَ، لم يَحْنُثْ، وإن مكثا فيه بلا عذر، حَنَثَ. فإن بُنيَ بينهما حائل من طين، أو غيره، ولكلٍّ واحدٍ من الجانبين مدخلاً، أو أحدنا مدخلاً، فوجهان.

أحدهما: لا يَحْنُثْ؛ لاشتغاله برفع المُساكنة، ورجَّحه البغويُّ^(٢).

وأصحهما عند الجمهور: يَحْنُثْ؛ لحصولِ المساكنة إلى تمام البناءِ بغيرِ ضرورة. فإن خرجَ أحدهما في الحالِ فبنيَ الجدارُ، ثم عادَ، لم يَحْنُثِ الحالفُ. ولا يخفى أنه لا بأسٌ والحالة هذه بالمساكنة في موضعٍ آخر.

الحالة الثانية: أن لا يُقَيَّدَ لفظاً، فينظر:

إن نوى موضعاً معيَّناً من بيتٍ، أو دارٍ، أو دَرْبٍ، أو مَحَلَّةٍ، أو بَلَدٍ؛ فالمذهبُ، والذي قطعَ به الجمهورُ: أن اليمينَ محمولةٌ على ما نوى.

وقيل: إن كانا يسكنان بيتاً من دارٍ مُتَّحِدَةِ المَرافِقِ، ونوى أن لا يساكنَهُ، حُمِلَتْ اليمينُ عليه. وإن لم يكن كذلك، ولا جرى ذكرُ تلك المساكنة، كقول صاحبه:

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١١٥).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ١١٥).

سَاكِئِي فِي هَذَا الْبَيْتِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَتَحْمَلُ الْيَمِينُ عَلَى الدَّارِ . وَفِي الْبَلَدِ وَجْهٌ : أَنَّ الْفَلْظَ لَا يَنْزِلُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْمَى مُسَاكِنَةً .

وَقِيلَ : بِمَجِيءِ^(١) هَذَا الْوَجْهِ فِي الْمَحَلَّةِ .

وَإِنْ لَمْ يَنْوَ مَوْضِعاً ، وَأُطْلِقَ الْمُسَاكِنَةُ ، حَنِثَ^(٢) بِالْمُسَاكِنَةِ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ .

وَحَكَى الْمُتَوَلَّى قَوْلًا : أَنَّهُ إِذَا أُطْلِقَ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي دَارٍ ، وَحُجْرَةٍ مُنْفَرَدَةٍ ، حُمِلَتِ الْيَمِينُ عَلَى الْاجْتِمَاعِ الْحَاصِلِ ؛ فَإِنْ كَانَ فِي دَرْبٍ ، فَلَا بَدَّ مِنْ مُفَارَقَةِ أَحَدِهِمَا [الدَّرَبُ ، وَإِنْ كَانَ فِي مَحَلَّةٍ ، فَلَا بُدَّ مِنْ مُفَارَقَةِ أَحَدِهِمَا]^(٣) الْمَحَلَّةُ [١٢٠٧ / ١] ، وَالْمَشْهُورُ : الْأَوَّلُ .

فَعَلَى هَذَا : لَوْ كَانَ عِنْدَ الْحَلْفِ فِي بَيْتَيْنِ مِنْ خَانٍ ، فَلَا مُسَاكِنَةَ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى مُفَارَقَةِ أَحَدِهِمَا الْآخَرَ ، وَعَلَى الْقَوْلِ الشَّاذِّ : يَشْتَرُطُ مُفَارَقَتُهُ .

وَإِنْ كَانَ فِي بَيْتٍ مِنْ خَانٍ^(٤) ، فَهَلْ يَكْفِي مُفَارَقَةُ أَحَدِهِمَا ذَلِكَ الْبَيْتَ ، أَمْ يَشْتَرُطُ مُفَارَقَتُهُ الْخَانَ ؟ فِيهِ هَذَا الْخِلَافُ .

ثُمَّ سِوَا نَوَى مَوْضِعاً مُعَيَّناً ، أَوْ أُطْلِقَ ، فَالْقَوْلُ فِي أَنَّ اسْتِدَامَةَ الْمُسَاكِنَةِ مُسَاكِنَةً ، وَفِي الْحَائِلِ الْمَبْنِيِّ بَيْنَهُمَا عَلَى مَا سَبَقَ فِي الْحَالَةِ الْأُولَى . وَالْإِعْتَابُ بِالِانْتِقَالِ بِالْبَدَنِ ، دُونَ الْأَهْلِ وَالْمَالِ ، كَمَا سَبَقَ .

النَّوْعُ الثَّانِي : الْفَاطَةُ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ ، وَفِيهِ مَسَائِلُ .

الْأُولَى : حَلْفَ ، فَقَالَ : لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ^(٥) ، أَوِ الْجَرَّةِ ، حَنِثَ بِمَا شَرِبَ مِنْ مَائِهَا مِنْ قَلِيلٍ ، أَوْ كَثِيرٍ .

وَلَوْ قَالَ : لَا أَشْرَبَنَّ مِنْ مَائِهَا ، بَرَّ بِمَا شَرِبَ ، وَإِنْ قَلَّ . وَإِنْ قَالَ : لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ هَذَا النَّهْرِ ، أَوْ لَا أَشْرَبَنَّ مِنْهُ ، فَالْحَكْمُ كَالِإِدَاوَةِ .

(١) فِي الْمَطْبُوعِ ، وَ(فَتْحُ الْعَزِيزِ : ١٢ / ٢٨٩) : « يَجِيءُ » .

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ : « حَيْثُ » تَصْحِيفٌ .

(٣) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ سَاقِطٌ مِنْ (ظ) .

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ : « الْخَانُ » .

(٥) الْإِدَاوَةُ : إِنَاءٌ كَالْمَطْهَرَةِ .

ولو قال: لا أشرب ماء^(١) هذه الإداوة، أو الحُب^(٢)، أو المَصْنَع^(٣)، أو غيرها مما يمكن شربه^(٤) جميعه ولو في مدة طويلة، لم يَحْنُثْ إِلَّا بِشُرْبِ جميعه. ومتى بقي [شيء]^(٥) منه، لم يَحْنُثْ.

قال^(٦) في « شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْجَوْنِيِّ »: سِوَى الْبَلَلِ الَّذِي يَبْقَى فِي الْعَادَةِ. ولو قال: لأشربنَّ ماء هذه الإداوة، أو الحُبَّ، لم يَبْرَّ إِلَّا بِشُرْبِ الجميع. ولو قال: لا أشربُ ماء هذا النهر، أو البحر، أو البئرِ العظيمة، فهل يَحْنُثُ بِشُرْبِ بعضه؟ وجهان.

أحدهما: نعم، وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ، وابنُ أَبِي هُرَيْرَةَ. وأصحُّهما: لا، وبه قال أبو إسحاق، وعامةُ الأصحاب، وصحَّحه الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيّب، والزُّوْيَانِيُّ، كمسألة الإداوة. قال القاضي^(٧): وينبغي أَنْ يَقَالَ: لا تَتَعَدُّ يَمِينُهُ، كما لو حَلَفَ: لا يَصْعَدُ السَّمَاءَ؛ لِأَنَّ الْحَنْثَ فِيهِ غَيْرُ مُتَصَوِّرٍ.

ولو حَلَفَ لِشُرْبِنَّ ماء هذا النهر، أو البحر، فوجهان. أحدهما: يَبْرُّ بِشُرْبِ بعضه وَإِنْ قَلَّ. وأصحُّهما: لا يَبْرُّ ببعضه، وعلى هذا: هل يلزمُهُ الْكُفَّارَةُ فِي الْحَالِ، أَمْ قُبِيلَ الْمَوْتِ؟ وجهان.

أصحُّهما: الأول؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ مُتَحَقِّقًا فِي الْحَالِ، وَإِنَّمَا يَحْسُنُ الْإِنْتِظَارُ فِيمَا يَتَوَقَّعُ حَصُولَهُ.

-
- (١) في المطبوع: « لا أشربُ من ماءٍ »، خطأ « من » مقحمة.
 - (٢) الحُبُّ: بالضم: الخابية، فارسيٌّ معرَّبٌ (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٩).
 - (٣) المصنع: ما يصنعُ لجمع الماء، نحو: البِرْكة، والصَّهْرِيح (المصباح: ص ن ع).
 - (٤) في المطبوع: « شرب ».
 - (٥) كلمة: « شيء » ساقطة من (ظ).
 - (٦) أي: الموفق بن طاهر بن يحيى.
 - (٧) هو القاضي أبو الطيب، وليس القاضي « حُسين »، كما هو الاصطلاح. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٠).

وقيل : لا تنعقد اليمين أصلاً ؛ لأن البرَّ غيرُ مُتَصَوِّرٍ .

ولو حلف ليصعدن السماء ، ففي انعقادِ يمينه وجهان .

الأصح : الانعقاد ، وعلى هذا : فيحكم بالحنث في الحال ، أم قبيل^(١)

الموت ؟ فيه الوجهان .

ولو قال : لأصعدن السماء غداً ، وفرعنا على انعقادِ اليمين ، فهل يحنث ، وتجب الكفارة في الحال ، أم بعد مجيء الغد ؟ فيه الوجهان . ويشبه أن يرجح - هنا - الثاني . وعلى هذا : فهل يحنث قبيل غروب الشمس من الغد ، أم قبل ذلك ؟ فيه خلاف ، سيأتي في نظيره ، إن شاء الله تعالى .

ولو حلف : لا يصعدن السماء ، فهل ينعقد يمينه ؟ وجهان .

أحدهما : نعم ، وإن لم يتصور الحنث ، كما لو حلف ، أنه فعل كذا أمس^(٢) ، وهو صادق .

وأصحهما : لا ، بخلاف صورة الاستشهاد ؛ لأن الحلف هناك محتمل للكذب^(٣) .

فرع : قال : لأشربن ماء هذه الإداوة ، ولا ماء فيها ، أو لأقتلن فلاناً وهو ميت ، فأربعة أوجه :

أصحها : يحنث^(٤) ، وتجب الكفارة في الحال .

والثاني : قبيل الموت .

والثالث : لا تنعقد اليمين .

(١) في المطبوع : « قبل » .

(٢) أمس : هو اسم زمانٍ لليوم الذي قبل يومك مباشرة ، أو مافي حكمه عند إيراد القرب ، حرك آخره لالتقاء الساكنين ، وقد تعددت الآراء في إعرابه . انظر : (تهذيب الأسماء واللغات : ٣ / ١٨ - ١٩) ، (ومعجم الشوارد النحوية لأستاذنا العلامة النحوي محمد شراب ص : ١٢٥ - ١٢٦) .

(٣) في المطبوع : « الكذب » .

(٤) في المطبوع : « أصحها أنه يحنث » .

والرابع: يَحْنُثُ فِي الْقَتْلِ دُونَ الشُّرْبِ .

ولو قال: لَأَقْتُلَنَّ فُلَانًا، وَهُوَ يَظُنُّهُ حَيًّا، وَكَانَ مَيِّتًا، فَفِي الْكَفَارَةِ [١٢٠٧ / ب] خِلَافٌ؛ بِنَاءٍ عَلَى يَمِينِ النَّاسِيِّ .

فَرَزَعٌ: قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ: قَالَ الْأَصْحَابُ: لَوْ قَالَ: وَاللَّهِ ! لَا أَكُلُ خُبْزَ الْكُوفَةِ، أَوْ خُبْزَ بَغْدَادَ، لَمْ يَحْنُثْ بِأَكْلِ بَعْضِهِ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ غَيْرَ ذَلِكَ .

فَرَزَعٌ: قَالَ: لِأَشْرَبَنَّ مَاءَ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ، فَانْصَبَّ قَبْلَ أَنْ يَشْرَبَ، أَوْ مَاتَ الْحَالِفُ، نَظَرٌ:

إِنْ كَانَ بَعْدَ الْإِمْكَانِ، حَنِثَ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ، فَقَوْلَانِ، كَالْمَكْرَهِ .

ولو قال: لِأَشْرَبَنَّ مِنْهُ، فَصَبَّهَ فِي حَوْضٍ، ثُمَّ شَرِبَ مِنْهُ مِنْ مَوْضِعٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ، بَرَّ .

وَإِنْ حَلَفَ: لَا يَشْرَبُ مِنْهُ، فَصَبَّهَ فِي حَوْضٍ، وَشَرِبَ مِنْهُ، حَنِثَ . وَكَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ لَبَنِ هَذِهِ الْبَقْرَةِ، فَخَلَطَ بِلَبَنٍ غَيْرِهَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ هَذِهِ التَّمْرَةَ . فَخَلَطَهَا بِصُبْرَةٍ^(١)، لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِأَكْلِ جَمِيعِ الصُّبْرَةِ، وَالْفَرْقُ ظَاهِرٌ .

فَرَزَعٌ: حَلَفَ: لَا يَشْرَبُ مَاءَ فُرَاتًا، أَوْ مِنْ مَاءِ فُرَاتٍ، حُمِلَ عَلَى الْمَاءِ الْعَذْبِ مِنْ أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ .

وَإِنْ قَالَ: مِنْ مَاءِ الْفُرَاتِ^(٢)، حُمِلَ عَلَى النَّهْرِ الْمَعْرُوفِ .

ولو قال: لَا أَشْرَبُ مَاءَ الْفُرَاتِ، أَوْ لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ الْفُرَاتِ، فَسَوَاءٌ أَخَذَ الْمَاءَ بِيَدِهِ، أَوْ فِي إِنَاءٍ فَشَرِبَ، أَوْ كَرَعَ فِيهِ، حَنِثَ .

ولو قال: لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ نَهْرٍ كَذَا، فَشَرِبَ مِنْ سَاقِيَةٍ تَخْرُجُ مِنْهُ، أَوْ مِنْ بَثْرِ مَحْفُورَةٍ بِقَرَبِ النَّهْرِ، يَعْلَمُ أَنَّ مَاءَهَا مِنْهُ، حَنِثَ .

(١) الصُّبْرَةُ مِنَ الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ: هِيَ الْكُؤْمَةُ الْمَجْمُوعَةُ (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ: ٣ / ٣٠٢) .

(٢) نَهْرٌ عَظِيمٌ يَنْبَعُ مِنَ الْأَرْضِ التُّرْكِيَّةِ مَرًّا بِالْأَرْضِ السُّورِيَّةِ، ثُمَّ يَدْخُلُ الْعِرَاقَ عَابِرًا بَغْدَادَ، يَلْتَقِي بِدَجْلَةٍ فِي شَطِّ الْعَرَبِ، ثُمَّ يَصُبُّ فِي الْخَلِيجِ الْعَرَبِيِّ، طَوْلُ النَّهْرِ: (٢٧٨٠) كِيلَا، مِنْهَا (٦٥٠) كِيلَا فِي سُوْرِيَّةٍ، وَ(١٢٠٠) كِيلَا فِي الْعِرَاقِ، وَهُوَ مِنْ أَنْهَارِ الْجَنَّةِ كَمَا جَاءَتْ الْأَحَادِيثُ الصَّحِيْحَةُ الْمَشْهُورَةُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . انْظُرْ: (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ: ٣ / ٤٨٠ - ٤٨١) .

ولو قال: لا أَشْرَبُ مِنْ نَهْرٍ كَذَا، ولم يذكرِ الماءَ، فشربَ من ساقيةٍ تَخْرُجُ منه، حَتَّى عَلَى الْأَصَحِّ، كما لو أَخَذَ الماءَ في إِنَاءٍ.

ولو حَلَفَ لا يَشْرَبُ من هَذِهِ الْجَرَّةِ، أو غيرها مما يعتادُ الشُّرْبَ منه، فجعل ماءه في كَوْزٍ، وشربه، لم يَحْنُثْ.

المسألة الثانية: قال: لا آكُلُ هَذَيْنِ الرَغِيفَيْنِ، أو: لا أَلْبَسُ هَذَيْنِ الثَوْبَيْنِ، لم يَحْنُثْ إِلَّا بِأَكْلِهِمَا، أو لُبْسِهِمَا سواء لبسهما معاً، أو لبسَ أَحَدَهُمَا وَنَزَعَهُ، ثم لبسَ الْآخَرَ. وكذا لو قال: لا أَكُلُنَّهُمَا أو لا لَبَسُنَهُمَا^(١)، لم يَبْرَأَ^(٢) إِلَّا بِأَكْلِهِمَا وَلُبْسِهِمَا.

ولو قال: لا أَكَلُّمُ زَيْدًا وَعَمْرًا، ولا آكُلُ اللَّحْمَ وَالْعِنَبَ، لم يَحْنُثْ إِلَّا إِذَا أَكَلَهُمَا، أو كُلَّمَهُمَا، إِلَّا إِذَا نَوَى غير ذلك؛ لأن الواوَ العاطفة تجعلُهُمَا كشيء واحد، فكأنه قال: لا أَكَلُهُمَا، ولو قال: لا أَكَلُّمُ زَيْدًا ولا عَمْرًا، ولا آكُلُ اللَّحْمَ، ولا الْعِنَبَ، حَنَثَ بِكُلِّ واحدٍ منهما. وهما يمينان لا تنحلُّ إحداهما بِالْحِنْثِ فِي الْآخَرَى. ولو^(٣) قال: لا أَكَلُّمُ أَحَدَهُمَا، أو قال: واحداً منهما، ولم يقصِدْ واحداً^(٤) بعينه، فَيَحْنُثُ إِذَا كَلَّمَ أَحَدَهُمَا، وتنحلُّ اليمينُ، فلا^(٥) يَحْنُثُ بِكَلَامِ الْآخَرِ.

قال المتوَلَّى: وكذا في الإثباتِ إِذَا قال: لأَلْبَسَنَّ هَذَا الثَّوبَ، وهذا الثَّوبَ، فهما يمينان؛ لوجودِ حرفِ العطفِ، ولكلِّ واحدٍ حُكْمُهَا، وفي هذا توقُّفٌ، ولو أوجبَ حرفُ العطفِ كونهما يمينين، لا كما لو قال: لا أَلْبَسُهُمَا، لأوجبَ في قوله: لا أَكَلُّمُ زَيْدًا وَعَمْرًا، ولا آكُلُ اللَّحْمَ وَالْعِنَبَ كونهما يمينين، لا كما لو قال: لا أَكَلُّمُ هَذَيْنِ، ولا آكُلُ هَذَيْنِ.

فَرْعٌ: قال: لا آكُلُ هَذَا الرَغِيفَ، لم يَحْنُثْ بِأَكْلِ بَعْضِهِ.

ولو قال: لا أَكَلْتُهُ، لم يَبْرَأَ إِلَّا بِأَكْلِ جَمِيعِهِ. فلو بقي في الصورة الأولى ما يمكن

(١) في المطبوع: «... قال: لا أَكَلْتُهُمَا، أو لا لَبَسْتُهُمَا» خطأ. وانظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٢).

(٢) في (أ): «لم يَبْرَأَ».

(٣) في المطبوع: «فلو» بدل: «ولو».

(٤) في المطبوع زيادة: «منهما».

(٥) في المطبوع: «ولا» بدل: «فلا».

التقاطه وأكله، لم يَحْنُثْ، كما لو قال: لا أَكُلْ ما على هذا الطَّبَقِ من التمر، فأكل ما عليه إلاَّ تمرًا، لا يَحْنُثْ وإنْ جرتِ العادةُ بترك بعضِ الطعام؛ للاحتشام من استيفائه أو لغير [١٢٠٨ / أ] ذلك. وكذا لو قال: لَأَكُلَنَّ هذهَ الرِّمَّانةَ، فترك حَبَّةً، لم يَبْرَرْ. وإنْ قال: لا أَكُلُها، فترك حَبَّةً، لم يَحْنُثْ.

المسألة الثالثة: إذا حلفَ: لا يأكلُ الرأسَ، أو الرؤوسَ، ولا^(١) يشتريها، حُمِلَ على التي تُمَيِّزُ عن الأبدان، وتُبَاعُ مفردةً، وهي رؤوسُ الإبل والبقر، والغنم. وفي رؤوس الإبل وجهٌ شاذٌّ عن ابنِ سُرَيْجٍ، وطرده^(٢) ابنُ أَبِي هُرَيْرَةَ في البقر^(٣).

وقيل: إن كان في بلد لا تباعُ فيه إلاَّ رؤوسُ الغنم، لم يَحْنُثْ بغيرها^(٤)، والصحيح: الأول، وبه قطع الجمهور. فإن أكلَ رأسَ طيرٍ، أو حوتٍ، أو ظَبْيٍ، أو صيدٍ آخرَ، لم يَحْنُثْ على المشهور. فإن كانت رؤوسُ الصيدِ والحيتانِ تُباعُ مفردةً في بلد، حَنَثَ بِأَكْلِها هناك. وهل يَحْنُثُ بِأَكْلِها في غير ذلك البلد؟ وجهان.

رَجَّحَ الشيخ أبو حامد، والرُّوْيَانِيُّ المَنَعَ.

والأقوى: الحِنْثُ، وهو أقربُ إلى ظاهر النصِّ. وهل يعتبرُ نفسُ البلد الذي يثبتُ فيه العرفُ، أم كون الحالفِ من أهلِهِ؟ وجهان. هذا كُلُّهُ عند الإطلاقِ.

قال^(٥) المتولِّي: فإن قصدَ أَنْ لا يأكلَ ما يُسَمَّى رأساً، حَنَثَ بِرَأْسِ السَّمَكِ، والطيرِ، وغيره^(٦). وإن قصدَ نوعاً خاصاً، لم يَحْنُثْ بغيره.

فَرْعٌ: حلفَ: لا يأكلُ البيضَ، حُمِلَ على ما يُزَايِلُ^(٧) بَائِضَهُ وهو حيٌّ؛ لأنه المفهوم، فلا يَحْنُثُ ببيضِ السمكِ، والجرادِ، ويَحْنُثُ ببيضِ الدَّجَاجِ، والتَّعَامِ، والإوزِ، والعصافيرِ، وقيل: لا يَحْنُثُ إلاَّ بالدَّجَاجِ^(٨)، وقيل: بالدجاج والإوز.

(١) في المطبوع: «أولا».

(٢) في المطبوع: «فطرده».

(٣) في المطبوع زيادة: «والغنم»، أراها مقحمة.

(٤) في المطبوع: «لم يَحْنُثْ إلاَّ بغيرها»، كلمة: «إلاَّ» مقحمة.

(٥) في المطبوع: «وقال».

(٦) قوله: «وغيره» ساقط من المطبوع.

(٧) يُزَايِلُ: أي يفارق.

(٨) في المطبوع: «إلاَّ ببيض الدجاج» بدل: «إلاَّ بالدجاج».

وقال الإمام^(١): الطريقة المرضية: أنه لا يَحْنُثُ إلَّا بما يُفَرَّدُ بالأكل في العادة، دون بيضِ العصفير، والحَمَام، ونحوها، والمذهب: الأول. ولا يَحْنُثُ بأكل خُصِيَّة الشاة؛ لأنها لا تُفْهَمُ عند الإِطلاق.

وإن خرجت البيضة وهي منعقدة من الدجاجة، فأكلها، حَنِثٌ، وإن أخرجت بعد موتها، فأكلها، فوجهان.

قُلْتُ: الأصح: الحِنْثُ. والله أعلم.

المسألة الرابعة: حلف: لا يأكلُ الخبزَ، حَنِثٌ بأيِّ خُبز كان، سواءً فيه خبز البُرِّ، والشعير، والدُّرَّة، والأرزَّ، والبقلاء، والحِمَص؛ لأن الجميع خُبز، ولا يضرُّ كونه غيرَ معهود بلده. كما لو حلف: لا يلبسُ ثوباً، حَنِثٌ بأيِّ ثوب كان، وإن لم يكن معهودَ بلده.

وذكر السرخسي^(٢) وجهاً: أنه لا يَحْنُثُ بخبز الأرزِّ إلَّا في طَبْرِسْتان^(٣)، وبه قطع الغزاليُّ، ونسبه إلى الصَّيدلانيِّ، وهي نسبة باطلة، وغلَطَ في النقل؛ بل الصوابُ الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق؛ أنه يَحْنُثُ به كلُّ أحدٍ، وقد صَرَّح بذلك الصَّيدلاني أيضاً.

قال المُنَوَّلِي: وَيَحْنُثُ بخبز البَلُّوطِ^(٤) أيضاً، وَيَحْنُثُ بِأَكْلِ الْأَقْرَاصِ والرُّغْفَانِ، وخُبزِ الْمَلَّةِ^(٥)، والمشحم وغيره، وسواء أكله على هيئته، أو جعله ثَرِيداً. لكن لو صار في المَرْقَةِ كالحَسُوِّ^(٦)، فتحسَّاه، لم يَحْنُثُ.

وسواء ابتلعه بعد مَضْغٍ، أو ابتلعه على هيئته، فيَحْنُثُ في الحالين، وإن

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٩٢).

(٢) هو أبو الفَرَج السرخسيُّ، عبد الرحمن بن أحمد.

(٣) طبرستان: منطقة تقع جنوب بحر قزوين، عاصمتها مدينة هَمْدَان في إيران.

(٤) البَلُّوط: مثل تَنُور: ثمر شجر، وقد يؤكل، وربما دُبغ بقشره (المصباح: ب ل ط)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٥٣).

(٥) خبز المَلَّة: ضرب من الخبز، والمَلَّة: قيل: الحفرة التي تحفر للخبز، وقيل: الترابُّ الحارُّ والرَّماد (المصباح: م ل ل). وانظر: (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٢٢)، و(حاشية الدسوقي: ٢ / ٢٢٥).

(٦) الحَسُو: على فِعُول، مثل رَسُول: الحَسَاء: الطبخ الرقيق يُحَسَّى. انظر: (المصباح: ح س و)، و(حاشية البجيرمي: ٤ / ٣٢٨).

[مضغه و ^(١) لم يبتلعه، لم يَحْنَثْ، سواء أدرك طعمه، أم لا .

ولو أكل جَوْزَنِيْقًا ^(٢)، فوجهان، حكاهما البغوي ^(٣): أحدهما: يَحْنَثْ؛ لأنه لو نَزَعَ منه الحشْو صار خُبْزًا.

والأصْح: المنع.

قلت: و [أما ^(٤) الرِّقَاقُ، والبُقْسُمَاط ^(٥)، والبَسِيس ^(٦)..... ^(٧) .

المسألة الخامسة: حلف: لا يأكل اللحم، أو لا يشتريه، لم يَحْنَثْ بشحم

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) جَوْزَنِيْقًا: هو القطائف المحشوة بالجوز، ومثله: اللوزنيق، وهو القطائف المحشوة باللوز. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩)، و(حواشي الشرواني، وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج: ٣٩ / ١٠).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٢٨).

(٤) ما بين حاصرتين من (أ)، المثبت موافق لما في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩).

(٥) البُقْسُمَاط: اسم لنوع من الخبز، يخبز ويجفف، ويسمى في المغرب: بُسْمَاط (المعجم الوسيط: ٦٧ / ١ - ٦٨).

(٦) في المطبوع: «البسيصة»، المثبت موافق لما في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩). قال الشيخ محمد الشربيني الخطيب: «قال في زيادة الروضة: فأما البُقْسُمَاط والبسيس والرقاق ويبيض لذلك». قال في الخادم: «وكان الشيخ محيي الدين رَحْمَهُ اللهُ أراد أن يكتب (فيحنت به؛ لأنه خبز)، ثم توقف لطلب النقل».

قال في المهمات: أما البُقْسُمَاط؛ فسماه الجوهري خبزاً، والرقاق في معناه. نعم، أهل العرف لا يسمون ذلك خبزاً، وأما البسيس: فهو أن يُلْتَ السَّوِيق، أو الدقيق، أو الأقط المطحون بالسمن، أو بالزيت، ثم يؤكل من غير طبخ. كذا ذكره الجوهري، وأنشد له:

لا تخبزنا خبزاً وبسّاً بسّاً

وإذا علمت ما ذكره تفسيراً واستدلالاً قطعت بأنه لا يحنت بالبسيس. اهـ.

وقال الأذري: يظهر الحنث بالرقاق والبُقْسُمَاط، وكذا ببسيس، أو خبز، لا إن قلّي بشيرج. قال: والمراد به؛ أي: بما يخبز ما يتعاطاه أهل الشام من أنهم يعجنون دقيقاً، ويخبزونه قبل أن يختمر، ثم ييسونه بغربال ونحوه، ويضيفون إليه سمناً، وقد يزاد عسلاً وسُكَّرًا...». وانظر: (التهذيب للبغوي: ٨ / ١٢٨ - ١٢٩)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٦).

(٧) في الأصول الخطية بياض، وجاء في هامش النسخة (ظ): «كذا نقل عن خط المصنف رَحْمَهُ اللهُ». وجاء في المطبوع مكان البياض: «والله أعلم».

البطن، وشحم العين. والأصْحُ: أنه يحنث^(١) بشحم الظهر والجنب، وهو الأبيض الذي لا يخالطه الأحمر؛ لأنه لحمٌ سمينٌ [١٢٠٨ / ب]، ولهذا يحمرُّ عند الهزال.

ولو حلف: لا يأكلُ الشحم، حنثٌ بشحم البطن، ولا يحنثُ باللحم قطعاً، ولا بشحم الظهر على الأصح.

وعن الشيخ أبي زيد^(٢): وجةٌ ثالث^(٣): إن كان الحالف عربياً، فشحم الظهر شحمٌ في حقِّه؛ لأنهم يعدُّونه شحماً، وإن كان عجمياً، فهو لحمٌ في حقِّه.

وفي شحم العين وجهان.

ويدخلُ في اليمينِ على اللحم: لحمُ النعم^(٤)، والوخش، والطير المأكول كُله.

وفيما لا يؤكلُ؛ كالميتة، والخنزير، والدَّئِبِ، والحمار، وغيرها وجهان، رجَّحَ الشيخُ أبو حامد، والرُّوْيَانِيُّ المنع، والقَّالُ وغيرُه الحنث.

قلتُ: المنعُ: أقوى. والله أعلم.

ولا يحنثُ بأكلِ السمكِ على الصحيح.

والصحيح أنَّ الأليَّةَ ليست بلحمٍ ولا شحم.

وقيل: لحم.

وقيل: شحم.

والسَّنامُ^(٥) كالأليَّة.

ولو حلف على الأليَّة، لم يحنثُ بالسَّنام، وكذا العكس.

ولو حلفَ على الدَّسم، تناولَ شحمَ الظهر، والبطن، والأليَّة، والسَّنام، والأدهانَ كُلِّها.

(١) في المطبوع: «أنه لا يحنث»، خطأ. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٢٩٧).

(٢) هو أبو زيد المروزي، محمد بن أحمد.

(٣) في المطبوع زيادة: «أنه».

(٤) النعم: الإبل والبقر، والغنم (النجم الوهاج: ٩ / ٥٥).

(٥) السَّنام: كتلٌ من الشحم مُحَدَّبَةٌ على ظهر البعير والناقة (المعجم الوسيط: ١ / ٤٧٣).

والمذهب: أنه لا يدخل في اللحم: الأمعاء^(١)، والطَّحَال^(٢)، والكَرْشُ^(٣)، والكَبِدُ^(٤) والرَّثَّةُ، ولا يدخل المُخُّ قطعاً، وقد يَجِيئُ فيه الخلافُ، ولا يدخل القلبُ على^(٥) الأصحَّ.

ويحنت بلحم^(٦) الرأسِ، والخذَّ، واللسانِ، والأكارع^(٧) على المذهب.
وقيل: وجهان.

فَرْغ: حلف: لا يأكل لحمَ بَقَرٍ، حَتَّ بلحم الجَامُوسِ^(٨)، وبالبقرِ الأهليِّ، والوحشيِّ.

وقيل: في الوحشيِّ وجهان، وهو ضعيفٌ.

ولو حلف لا يركبُ الحمارَ، فركب حمارَ وَحْشٍ^(٩) فوجهان؛ بناءً على أَنَّ الحِمَارَيْنِ جنسٌ في الرِّبَا، أم جنسان، وقد سبق في «الرِّبَا» وجهان في أَنَّ الجرادَ هل هو من جنسِ اللحومِ؟ ويمكنُ أَنْ يُخَرَّجَ عليهما الحِنْتُ بأكله في يمينِ اللحمِ.

قلتُ: الصوابُ الجزمُ بعدمِ الحِنْتِ؛ لعدمِ إطلاقِ الاسمِ؛ لُغَةً، وعُرْفاً. والله أعلمُ.

فَرْغ: حلف: لا يأكلُ ميتةً، لم يحنتِ بالمذكَّاة وإن حلَّها الموتُ؛ للعرف.
وهل يحنتُ بأكلِ السمَكِ؟ وجهان.

(١) الأمعاء: جمعي مَعَى، وهي المصارين (النهاية: معا)، وقال الواحدي: الأمعاء: جميع ما في البطن من الحوايا. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٩٣).

(٢) الطَّحَال: بكسر الطاء: عضوٌ يقع بين المعدة والحجاب الحاجز في يسار البطن، تتصل وظيفته بتكوين الدم، وإتلاف القديم من كُرَيَّاتِهِ (المعجم الوسيط: ٢ / ٥٧٢).

(٣) الكَرْشُ: بفتح الكاف وكسر الراء، ويجوز إسكانها مع كسر الكاف وفتحها، وهي من الحيوان كالمعدة للإنسان، وهي مؤنثة، وجمعها في القِلَّة: أكراش، وفي الكثرة: كُرُوش (النجم الوهاج: ٩ / ٥٦).

(٤) الكبد: بكسر الباء، ويجوز إسكانها مع فتح الكاف وكسرهما: عضو في الجانب الأيمن من البطن تحت الحجاب الحاجز، له وظائف عدة، وأظهرها إفراز الصفراء (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٠٣).

(٥) في (ظ): «في».

(٦) في المطبوع: «بأكل لحم» بدل: «بلحم».

(٧) الأكارع للدابَّة: قوائمها. وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٤٦)، و(المصباح: ك ر ع).

(٨) الجاموس: نوع من البقر (المصباح: ج م س).

(٩) في المطبوع: «الوحش».

أحدهما: نَعَمْ؛ للحديث: « أَحِلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ »^(١).

وأصْحُهُما: لا؛ للْعُرْف، وكما^(٢) لو حلفَ: لا يأكلُ دماً، لا يحنثُ بالكَيْدِ والطَّحَالِ.

المسألة السادسة: حلفَ: لا يأكلُ الرُّبْدَ، لا يحنثُ بأكلِ السَّمَنِ.

ولو حلفَ: لا يأكلُ السَّمَنَ، لا يحنثُ بالرُّبْدِ على الأصحَّ؛ لاختلاف الاسم والصفة.

ولو حلفَ على الرُّبْدِ والسَّمَنِ، لا يحنثُ باللَّبَنِ، ويدخلُ في اللَّبَنِ لَبَنُ الْأَنْعَامِ، وَالصَّيْدِ، وَالْحَلِيبِ^(٣)، وَالرَّائِبِ^(٤)، وَالْمَاسْتِ^(٥)، وَالشَّيرَازِ^(٦)، وَالْمَخِيضِ^(٧)، وَتَوَقَّفَ بَعْضُهُمْ فِي الشَّيرَازِ. قال القاضي أَبُو الطَّيِّبِ: وَلَا^(٨) مَعْنَى لَتَوَقَّفَهُ، وَفِي الْمَخِيضِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ.

فَإِنْ أَكَلَ الرُّبْدَ، فَثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أَصْحُهَا، وَبِهِ قَالَ^(٩) ابْنُ الصَّبَّاحِ: إِنْ كَانَ اللَّبَنُ ظَاهِراً فِيهِ، حَنَثَ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَهْلَكاً، فَلَا.

(١) أخرجه - من حديث ابن عُمرَ رضي الله عنهما -: أحمد (٩٧ / ٢)، وابن ماجه (٣٣١٤)، والبيهقي في (السنن الكبرى: ١ / ٢٥٤)، والبخاري في (شرح السنة: ٢٨٠٣). قال الحافظ في (بلوغ المرام ص: ٢٠) بتحقيقي: « وفيه ضعف »، وانظر: (التلخيص الحبير: ١ / ٢٥ - ٢٦).

(٢) في المطبوع: « كما » بدون « الواو ».

(٣) الحليب: هو اللبن أول ما يخرج عند الحلب، وهو فعيل بمعنى مفعول، أي: محلوب (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٤) الرائب: يسمى اللبن بذلك إذا حمض وخثر، أي: ثخن (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٥) الماست: يسكون السين وبتاء مثناة، كلمة فارسية: اسم لبَّن حليب، يُغلى، ثم يترك قليلاً، ويُلقى عليه قبل أن يبرد لبنٌ شديد حتى يُثخن (المصباح: م س ت).

(٦) الشيراز: مثال دينار: اللبن الرائب يستخرج منه ماؤه، وقال بعضهم: لبنٌ يغلي حتى يشخن، ثم ينشف حتى ينتقب ويميل طعمه إلى الحموضة (المصباح: ش ر ز)، وانظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ٦٢)، و (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٧) المخيض: مخضت اللبن مخضاً: إذا استخرجت زُبده بوضع الماء فيه وتحريكه، فهو مَخِيض، فعيل بمعنى مفعول (المصباح: م خ ض).

(٨) في المطبوع: « لا » بدون « الواو ».

(٩) قوله: « وبه قال » ساقط من (ظ)، وجاء في المطبوع: « قطع » بدل: « قال ».

ولا يَحْنُثُ بالسَّمنِ، والجُبْنِ^(١)، والمَصْلِ^(٢)، والأَقِطِ^(٣).

وقال أبو^(٤) علي: ابنُ أبي هُرَيْرَةَ، والطبري: يَحْنُثُ بكلِّ ما يُستخرجُ من اللَّبَنِ، والصحيح: الأول.

فَرْعٌ: حلف: لا يأكلُ السَّمنَ، لا يَحْنُثُ بالأَذْهَانِ.

ولو حلفَ على الدَّهْنِ: لم يَحْنُثُ بالسَّمنِ على الأصحَّ.

السَّابِغَةُ: حَلَفَ: لا يأكلُ الجَوْزَ، قال الغزالي: يَحْنُثُ بالجَوْزِ الهنديِّ.

قال: ولو حلفَ: لا يأكلُ التمرَ، لم يَحْنُثُ بالهنديِّ؛ لأنَّ الجَوْزَ الهنديَّ قريبٌ من الجَوْزِ المعروفِ طَبْعاً وطَعِماً، بخلاف التمرِ الهنديِّ. وقطع البغوي^(٥) بأنه لا يَحْنُثُ بالهنديِّ في الصورتين. وكذا لو حلفَ: لا يأكلُ [١ / ١٢٠٩] البِطِّيخَ، لا يَحْنُثُ بالهنديِّ^(٦).

ولو حلفَ: لا يأكلُ الخِيارَ، لا يَحْنُثُ بهذا الذي يقال له: خِيار شَنْبَرٍ^(٧).

الثَّامِنَةُ: كما أَنَّ الأعيانَ أجناسٌ مختلفةٌ الأسماءِ والصفاتِ، كذلك الأفعالُ أجناسٌ مختلفةٌ، لا^(٨) يتناولُ بعضها بعضاً، فالشربُ ليسَ بأكلٍ، وكذا العكس، فإذا حلفَ: لا يأكلُ، فشرَبَ ماءً، أو غيره، أو^(٩) لا يشربُ، فأكلَ طَعِماً، لا يَحْنُثُ.

(١) الجُبْنُ: هو لبن يعقد بالإنفحة (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥).

(٢) المَصْلُ: هو أن يؤخذ ماء الجبن والأَقِطِ فيغلى غلياً شديداً حتى ينقطع، ويطلع الثخين ناحية، فيترك في خرقة حتى ينزل منه الماء الرقيق، ثم يعصر، ويوضع فوق الخريطة شيء ثقیل ليستزل ما فيه، ثم يترك فيه قليل من الملح، ويجعل أقراصاً، أو حلقات، والمصل والمصالاة: أصله من مصل: إذا سال منه شيء يسير. يقال: مصل يمصل، طعمه ممتزج ليس بالحامض ولا بالحلو (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥)، وانظر: (المصباح: م ص ل).

(٣) الأَقِطُ: لبن محفَّف يابس مُستحجر يطبخ به (نهاية ابن الأثير: أقط).

(٤) في المطبوع: «أبو»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٠).

(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣١).

(٦) البِطِّيخُ الهندي: هو الأخضر (النجم الوهاج: ٩ / ٦٧).

(٧) خِيار شَنْبَرٍ: ضربٌ من الخرنوب من الفصيلة القرنية (المعجم الوسيط: ١ / ٢٧٣).

(٨) في المطبوع: «ولا».

(٩) في المطبوع زيادة: «حلف».

وَاللَّبَنُ، وَالْحَلُّ، وَسَائِرُ^(١) المائعاتِ إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُهَا، فَأَكَلَهَا بِخُبْرٍ، حَنِثَ، وَإِنْ^(٢) شَرِبَهَا لَمْ يَحْنُثْ.

وَإِنْ حَلَفَ: لَا يَشْرِبُهَا، فَالْحَكْمُ بِالْعَكْسِ.

وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَأْكُلُ سَوِيْقًا^(٣)، فَاسْتَقَّ^(٤)، أَوْ تَنَاوَلَهُ بِمَلْعَقَةٍ، أَوْ بِإِصْبَعٍ مَبْلُولَةٍ، حَنِثَ. وَلَوْ مَانَهُ فِي الْمَاءِ^(٥)، وَشَرِبَهُ، لَمْ يَحْنُثْ.

وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَشْرَبُ السَّوِيْقَ، فَالْحَكْمُ بِالْعَكْسِ.

وَلَوْ كَانَ السَّوِيْقُ خَائِرًا، بَحِثْ يُوْخَذُ بِالْمَلَاعِقِ، فَتَحْسَاهُ، فَفِيهِ خِلَافٌ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَيْسَ بِشُرْبٍ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَطْعَمُ، أَوْ لَا أَتَنَاوَلُ، دَخَلَ فِي الْيَمِينِ الْأَكْلُ وَالشَّرْبُ جَمِيعًا.

فَرَعٌ: حَلَفَ: لَا يَأْكُلُ الشُّكَّرَ، حَنِثَ بِنَفْسِ الشُّكَّرِ، دُونَ مَا يَتَّخِذُ مِنْهُ، إِلَّا إِذَا نَوَى. وَكَذَا الْحُكْمُ فِي التَّمْرِ، وَالْعَسَلِ.

ثُمَّ إِنْ ابْتَلَعَ الشُّكَّرَ بِلَا مَضْغٍ، فَقَدْ أَكَلَهُ، كَمَا لَوْ ابْتَلَعَ^(٦) الْخُبْزَ عَلَى هَيْئَتِهِ، وَإِنْ مَضَغَهُ وَازْدَرَدَهُ^(٧) مَمْضُوعًا، حَنِثَ أَيْضًا.

وَإِنْ وَضَعَهُ فِي فِيهِ، فَذَابَ، وَنَزَلَ، لَمْ يَحْنُثْ عَلَى الْأَصَحِّ، وَبِهِ قَطَعَ الْمُتَوَلَّى وَالْبَغَوِيُّ^(٨)؛ لِأَنَّهُ^(٩) لَا يُسَمَّى آكِلًا لِلشُّكَّرِ.

(١) في المطبوع: « وباقي ».

(٢) في المطبوع: « أو » بدل: « وإن ».

(٣) السَّوِيْقُ: طعام يتخذ من مدقوق الحنطة والشعير؛ سمي بذلك لانسياقه في الحلق. انظر: (فتح الباري: ١ / ٣١٢)، و(المصباح، والمعجم الوسيط: سوق).

(٤) اسْتَقَّه: يقال: سَفَّ الدَّوَاءَ، وَاسْتَقَّه، وَسَفَّفْتُ أَنَا بِالْكَسْرِ، وَأَسْفَفْتُهُ بِمَعْنَى، أَي: أَخَذْتُهُ غَيْرَ مَلْتَوٍ، وَكَذَا السَّوِيْقُ (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٤)، وانظر: (المصباح: س ف ف).

(٥) مَانَهُ فِي الْمَاءِ: أَي: خَلَطَهُ وَأَذَابَهُ فِيهِ (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٢٦).

(٦) في المطبوع: « أكل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٩٢٦).

(٧) اُذْدَرَدَهُ: أَي: ابْتَلَعَهُ.

(٨) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٢٩).

(٩) في المطبوع: « كما أنه » بدل: « لأنه ».

فَرَعٌ: حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الْعَنْبَ، وَالرَّمَانَ، لَمْ يَحْنَثْ بِأَكْلِ عَصِيرِهِمَا، وَشُرْبِهِ. وَلَوْ امْتَصَّهُمَا، وَرَمَى الثُّفْلَ^(١)، لَمْ يَحْنَثْ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَكْلًا.

فَرَعٌ^(٢): حَلَفَ: لَا يَأْكُلُ السَّمْنَ، فَأَكَلَهُ وَهُوَ جَامِدٌ وَحْدَهُ، حَنْثٌ^(٣)، وَإِنْ شَرِبَهُ ذَائِبًا، لَمْ يَحْنَثْ عَلَى الصَّحِيحِ.

وَإِنْ أَكَلَهُ بِخُبْزٍ وَهُوَ جَامِدٌ، أَوْ ذَائِبٌ، حَنْثٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَخَالَفَ فِيهِ الْإِصْطَخَرِيُّ.

وَإِنْ جَعَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ^(٤)، أَوْ سَوِيْقٍ، فَالْنَصُّ: أَنَّهُ يَحْنَثُ، وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ: لَا يَأْكُلُ خَلًّا، فَأَكَلَهُ سِكْبَاجًا^(٥)، لَا يَحْنَثُ، فَقَالَ الْجُمْهُورُ: لَيْسَ ذَلِكَ بِاخْتِلَافٍ؛ بَلْ إِنْ كَانَ السَّمْنُ ظَاهِرًا فِي الْعَصِيدَةِ وَالسَّوِيْقِ يَرَى جِزْمَهُ، حَنْثٌ، وَهَذَا مُرَادُهُ بِنَصِّ السَّمْنِ، وَكَذَا حَكْمُ الْخَلِّ إِذَا كَانَ ظَاهِرًا بِلَوْنِهِ، وَطَعْمِهِ؛ بَأَنَّهُ أَكَلَ الْمَرْقَةَ^(٦)، وَهِيَ حَامِضَةٌ: وَإِنْ كَانَ السَّمْنُ، أَوْ الْخَلُّ مُسْتَهْلَكًا، لَمْ يَحْنَثْ. وَهَذَا مُرَادُهُ بِنَصِّ الْخَلِّ. وَصَوَّرُوا ذَلِكَ فِيمَا إِذَا أَكَلَ لَحْمَ السِّكْبَاجِ، أَوْ مَا فِيهِ مِنْ سِلْقٍ^(٧) وَنَحْوِهِ^(٨)، وَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ وَجْهَيْنِ، أَوْ قَوْلَيْنِ فِيهِمَا.

(١) الثُّفْلُ: مِثْلُ قُفْلٍ: حُثَالَةِ الشَّيْءِ، وَهُوَ الثَّخِينُ الَّذِي يَبْقَى أَسْفَلَ الصَّافِي (المصباح: ث ف ل).

(٢) كلمة: « فَرَعٌ » ساقطة من المطبوع.

(٣) فِي (ظ) زيادة: « عَلَى الصَّحِيحِ ».

(٤) الْعَصِيدَةُ: دَقِيقٌ يُضَافُ إِلَيْهِ ثَلَاثَةُ أَمْثَالِهِ مِنَ الْمَاءِ كَثِيلًا، وَلَا يَزَالُ يَحْرُكُ عَلَى نَارٍ هَادِئَةٍ حَتَّى يَغْلُظَ قِوَامُهُ، فَيُصَبُّ عَلَيْهِ السَّمْنُ وَاللَّبَنُ الْمَحْلِيُّ بِالْعَسَلِ أَوْ السَّكَّرِ (المعجم الوسيط: عَصَد). وَقَالَ الْخَطِيبُ الشَّرِبِينِيُّ فِي (مَغْنِيِّ الْمُحْتَاجِ: ٤ / ٣٤٠): « هِيَ كَمَا قَالَ ابْنُ مَالِكٍ: دَقِيقٌ يَلْتَبَسُ بِسَمْنٍ وَيَطْبُخُ. قَالَ ابْنُ قَتَيْبَةَ: سَمِيَتْ بِذَلِكَ لِأَنَّهَا تُعَصَّدُ بِآلَةٍ؛ أَيْ: تَلَوَّى ». قَالَ الشَّاعِرُ - كَمَا فِي (حَاشِيَةِ الْبَيَانِ: ١٠ / ٥٤٠) - حَاكِيًا مَكْرُونَاتِهَا، وَحَالَ النَّاسِ فِي مَعَامِلَاتِهِمْ:

مَنْكَ الدَّقِيقُ وَمَنْ يِ النَّارِ أَضْرَمَهَا وَمَنْ يِ الْمَاءِ وَمَنْكَ السَّمْنُ وَالْعَسَلُ

وَانْظُرْ: أَحْوَالُ الْعَصِيدَةِ فِي (فَهْهُ الْلُغَةِ لِلشَّعَالِيِّ ص: ٢٦٧).

(٥) سِكْبَاجٌ: بِكَسْرِ السِّينِ: طَعَامٌ يَعْمَلُ مِنَ اللَّحْمِ وَالْخَلِّ مَعَ تَوَابِلٍ وَأَفَاوِيهِ. الْقِطْعَةُ مِنْهُ: سِكْبَاجَةٌ. اَنْظُرْ: (المصباح، والمعجم الوسيط: ١ / ٤٥٤).

(٦) فِي الْمَطْبُوعِ: « مَرْقَةٌ ».

(٧) سِلْقٌ: السِّلْقُ: بَقْلَةٌ لَهَا وَرَقٌ طَوَالٌ، وَأَصْلٌ ذَاهِبٌ فِي الْأَرْضِ، وَوَرَقُهَا غَضٌّ طَرِيٌّ يُؤْكَلُ مَطْبُوعًا (المعجم الوسيط: ١ / ٤٦١).

(٨) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَغَيْرِهِ ».

فَزَعٌ: حلف: لا يأكلُ أو لا يشربُ، لا يحنثُ بمجرّد الذوق.

ولو حلف: لا يذوقُ، فأكلَ، أو شربَ، حنثَ على الصحيح؛ لتضمُّنهما الذوق.

وإن أدركَ طعمَ الشيء بالمضغ والإمساك في الفم، ثم مَجَّهْهُ، ولم ينزلْ إلى حلقه، فوجهان.

أحدهما: لا يحنثُ، كما لا يفطرُ.

وأصحُّهما: يحنثُ؛ لأنَّ الذوق إدراكُ الطَّعمِ.

ولو حلف: لا يأكلُ، ولا يشربُ، ولا يذوقُ، فأوجِرَ^(١) في حلقه حتَّى صارَ في جوفه، لم يحنثَ.

ولو قال: لا أطمعُ كذا، فأوجِرَه^(٢)، حنثَ؛ لأن معناه: لا جعلته لي طعاماً.

التَّاسِعَةُ: حلف: لا يأكلُ الفاكهةَ، حنثَ بأكلِ العنب، والرَّمان، والرُّطَب، والتَّفَّاح، والسَّفْرَجَل، والكُمثرى^(٣)، والمشمش^(٤)، والخوخ، والإجاص^(٥)، والأترج^(٦)، والنَّارَنج^(٧)، والليمون،

(١) فأوجِر: الوَجُور: ما صُبَّ في وسط الفم في الحَلَق (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٨٠)، وفي (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٢): «فأوجره» بدل: «فأوجر».

(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٢) زيادة: «نَفْسُهُ».

(٣) الكُمثرى: شجر مثمر من الفصيلة الوردية، أصنافه كثيرة، ويسمَّى الإنجاص في الشام. (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٢٩).

(٤) المشمش: مثلث الميمين: شجر مثمر من الفصيلة الوردية، يؤكل ثمره غضاً، أو مجففاً، أو على شكل شرائح تسمَّى: قمر الدِّين (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٠٧).

(٥) الإجاص: بكسر الهمزة، وتشديد الجيم من غير نونٍ بينهما: ثمر معروف، وهو الذي يسمِّيه أهل دمشق الخَوْخ (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٧). وجاء في (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٢٩): «الإجاصُ في اللغة: ما يسمَّى البرقوق في مصر». والبرقوق: شجر من الفصيلة الوردية، ينمو في المناطق المعتدلة، أزهاره بيضٌ ورديةٌ وثمره مختلف الألوان.

(٦) الأترج: ثمر كالليمون الكبار، ذهبي اللون، ذكي الرائحة، حامض الماء، تسميه العامة في الشام الكَبَاد. انظر: (المعجم الوسيط: ١ / ٤، و٢ / ٨٠٣)، و(قاموس الغذاء والتداوي بالنباتات ص: ١٠).

(٧) النَّارَنج: شجرة مثمرة، دائمة الخضرة، ثمرتها لَبِّيَّة، وعصارَتُها حمضية مُرَّة. انظر: (المعجم =

والتَّبَقِ^(١)، والمَوْزِ، والتَّيْنِ. ولا يحنث [١٢٠٩ / ب] بالفِئَاءِ، والخِيَارِ^(٢) كالباذنجان^(٣) والجزر. ويحنث بالبطيخ^(٤) على الأصح، وبه قال ابن سريج؛ لأن له نَضْجاً وإدراكاً.

ويدخل في اسم الفاكهة: الرُّطْبُ واليابس؛ كالتمر، والزَّيْبِ، والتين اليابس، ومُفْلَقِ الخَوْخِ، والمشمش^(٥). وهل يحنث بلبِّ الفُسْتَقِ^(٦) والبُنْدُقِ، وغيرهما؟ وجهان.

أَصْحُهُمَا: نَعَمْ؛ لأنه يُعَدُّ من يابسِ الفاكهة، هكذا قال^(٧) الجمهور.

وقالوا: لو حلف: لا يأكل الثمار، حنث بالرُّطْبِ دون اليابسات.

وقال المتولِّي: لا يَحْنُثُ باليابس في يمينِ الفاكهة أيضاً. والصحيح: الأول.

العاشرة: حَلَفَ: لا يأكل البَيْضَ، ثم حلف: ليأكلنَّ ما في كُمِّ زيدٍ، فإذا هو بَيْضٌ، فجعله في الناطفِ^(٨)، وأكله كُلَّهُ، لا يحنث في واحدةٍ من اليمينين^(٩)، ولا بُدُّ من أكل جميعه.

= الوسيط: ٢ / ٩٤٩).

(١) التَّبَقُ: بفتح النون وكسر الباء، وقد تسكَّن: ثَمَرُ السُّدْرِ، وأشبه شيء به العُثَابُ قبل أن تشتدَّ حمرة (نهاية الغريب: نبق).

(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٣) زيادة: «فهي من الخضراوات».

(٣) في المطبوع: «والباذنجان».

(٤) المراد: البطيخ الأصفر (النجم الوهاج: ١٠ / ٦٦).

(٥) قال في (المصباح ص: ٣٩٢): «خَوْخٌ مُفْلَقٌ، اسم مفعول، وكذلك الشمس ونحوه إذا تفلق عن نواه وتجعَّف، فإن لم يتجعَّف فهو فُلُوقٌ، بضم الفاء واللام مع تشديدها».

(٦) الفستق: بضم الفاء وفتحها (النجم الوهاج: ٩ / ٦٦).

(٧) في المطبوع: «كذا قاله» بدل: «هكذا قال».

(٨) الناطف: ضَرْبٌ من الحَلْوَى، يصنع من اللُّوز والجوز والفستق، ويسمَّى أيضاً: القُبَيْط. قال أبو نواس:

يقولُ والناطفُ في كفه مَن يشتري الخُلُوَ من الخُلُوِ

وسمِّي بالناطف؛ لأنه ينطف قبل استضراجه؛ أي: يَقَطُرُ. انظر: (المصباح، والمعجم الوسيط: ن ط ف).

(٩) هذه المسألة عدّها المصنف رحمته الله من طرف المسعودي، محمد بن عبد الله المروزي. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٢٧).

فروعٌ تتعلّق^(١) بهذا النوع: الرُّطْبُ^(٢) ليس بتمر، والعنبُ ليس بيزيب^(٣)، وعصيرُ التمر، ودِبْسُهُ ليس بتمر، والسَّمْسِم^(٤) ليس بشِيرَج^(٥)، وكذا العكوس.

والرُّطْبُ ليس بِبُسْرٍ^(٦)، ولا بَلَحٍ^(٧).

ولو حلف: لا يأكلُ الرُّطْبَ، فأكلَ المُنْصَفَ^(٨)، نظر:

إن أكلَ النصفَ الذي أرطَبَ، حَنِثَ قطعاً، وإن أكلَ الجميعَ، حَنِثَ على الصحيح، وخالف فيه الإصطخريُّ، وأبو عليّ الطبريُّ. وإن أكلَ النصفَ الذي لم يُرطَبَ، لم يَحْنَثْ.

ولو حلف: لا يأكلُ البُسْرَ، فأكلَ المُنْصَفَ، ففيه هذا التفصيل، والحكم بالعكس.

(١) في المطبوع: « فرع يتعلّق »، والمثبت موافق لما في (فتح العزیز: ١٢ / ٣٠٤).

(٢) الرُّطْبُ: نضيجُ البُسْرِ قبل أن يصير تمرّاً، وذلك إذا لَانَ وَحَلَا، أو: ثمرُ النخل إذا أدركَ ونَضِجَ قبل أن يصيرَ تمرّاً (المعجم الوسيط: ١ / ٣٦٤).

(٣) في المطبوع زيادة: « وعصير العنب ليس بعنبٍ »، لم ترد في الأصول الخطية، ولا في (فتح العزیز: ١٢ / ٣٠٤).

(٤) في (ظ، أ): « والسمن ».

(٥) الشِيرَج: دُهْنُ السَّمْسِم (المصباح: ش ر ج).

(٦) البُسْرُ: ثمرُ النخل قبل أن يُرطَبَ. (المعجم الوسيط: ١ / ٥٧)، وانظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٤٦).

(٧) البَلَحُ: ثمرُ النخل ما دام أخضر قريباً إلى الاستدارة إلى أن يغلظ الثوى، وهو كالحِضْرَم من العنب، فإذا أخذ في الطول والتلون إلى الحمرة أو الصفرة فهو بُسْرٌ، فإذا خلص لونه وتكامل إِرطابُهُ فهو الزَّهْوُ (المصباح: ب ل ح).

(٨) « المُنْصَفُ »: كذا في الأصول، وجاء في (نهاية المطلب: ١٨ / ٤١٦): « المُنْصَفُ وهو الذي نصفُهُ رُطْبٌ، ونصفُهُ بُسْرٌ ». قال في « المصباح »: صَنَّفَ التمرَ تصنيفاً: أدركَ بعضُهُ دون بعضٍ، ولَوْنُ بعضُهُ دون بعضٍ ».

وقال الخطيب الشربيني في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٨): « المُنْصَفُ، بضم الميم، وفتح النون، وكسر الصادِ المهملة المشددة.

قال أهل اللغة: ثمر النخل أوله: طلع وكافور، ثم حَلَالٌ بفتح الخاء المعجمة واللام المخففة، ثم بَلَحٌ، ثم بُسْرٌ، ثم رُطْبٌ، ثم تمر، فإذا بلغ الإِرطاب نصف البُسْرَةِ، قيل: مُنْصَفٌ، فإن بدا من ذنبها ولم يبلغ النُصْفَ، قيل: مُدْنَبَةٌ بكسر النون... »، وانظر: (فقه اللغة للثعالبي ص: ٣٠٣).

ولو حلف: لا يأكلُ بُسْرَةً ولا رُطْبَةً، فأكلَ مُنْصَفَةً^(١)، لم يحنث.

ولو حلف: لا يأكلُ طعاماً، تناول اللفظَ القُوتَ^(٢)، والأذَمَ^(٣)، والفاكهةَ، والحلوى^(٤). وفي الدواء وجهان.

ولو حلف: لا يأكلُ قُوتاً، حنثَ بأكل ما يقتات من الحبوب، ويحنث بالتمر، والزبيب، واللحم إن كان ممن يقتاتها، وإلا فوجهان.

ولو حلف: لا يأكل إداماً، حنث بكل ما يؤتد به، سواء كان مما يُصطبغ^(٥) به؛ كالخَلِّ، والدُّبْسِ، والشَّيرَجِ، والزيت، والسَّمْنِ، والمُرِّي^(٦)، أو لا يُصطبغ به، كاللحم، والجبن، والبقل، والبصل، والفجل، والثمار، وكذا التمر والملح على الصحيح فيهما.

واسمُ الماءِ يتناولُ العَذْبَ، والملحَ، ومياه الآبار، والأنهار، وكذا ماء البحر، وفيه احتمال للشيخ أبي حامد.

ولو^(٧) حلف: لا يشربُ الماءَ، لم يحنث بأكلِ الجَمَدِ، والثَّلَجِ، ويحنث بشرب مائهما.

(١) في المطبوع: « منصفاً ».

(٢) القوت: محمولٌ على ما يقتات من الحبوب والتمر والزبيب، واللحم إن كان ممن يقتات ذلك، وإلا فوجهان (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٦٨).

(٣) في المطبوع: « والإدام »، الأذَمُ والإدام: ما يؤكل مع الخبز أي شيء كان (نهاية الغريب: آدم).

(٤) في المطبوع: « الحلواء ». قال في (النجم الوهَّاج: ١٠ / ٦٨): « والحلوى إن قصرتها كتبها بالياء، وإن مددتها فبالألِف، وهو كُلُّ حُلُوٍ ».

(٥) الصَّبْغُ: ما يصبغ به الخبز في الأكل، ويختص بكل إدام مائع كالخَلِّ ونحوه، وفي التنزيل: ﴿ وَصَبْغَ لِالْأَكْلِينَ ﴾ [المؤمنون: ٢٠]، وانظر: (المصباح: ص ب غ).

(٦) في المطبوع و(فتح العزيز: ١٢ / ٣٠٤): « والمريي » خطأ. قال الركي في (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٥): « المُرِّي، بتشديد الراء والياء (بوزن: الدُرِّي)، وكأنه منسوب إلى المرارة، والعامّة تخففه، وصنعت: أن يؤخذ الشعير فيقلّى، ثم يطحن، ويعجن، ويخمر، ثم يخلط بالماء، فيستخرج منه خَلٌّ يضرب لونه إلى الحمرة، يؤتد به، ويطبخ به ». وقال في « المصباح »: « المُرِّي: الذي يؤتد به، ويسميه الناسُ الكامَحَ ».

(٧) في المطبوع: « فلو ».

ولو حلفَ : لا يأكلُ الجَمَدَ، أو الثَّلَجَ^(١)، لم يحنثَ بِشُرْبِ مائِهِما .
والثلجُ ليس بِجَمَدٍ، وكذا العكس .

ولو حلفَ : لا يأكلُ مِمَّا طَبَخَهُ^(٢) زيد، فالاعتبارُ فيه بالإيقادِ إلى الإدراكِ، أو وَضْعِ القِدْرِ في التَّنَوُّرِ بعد سَجَرِهِ، فَإِنْ أوقَدَ زيد تحت القِدْرِ^(٣) حتَّى أدركَ، أو وَضَعَهَا في التَّنَوُّرِ فأكلَ منه، حَنِثَ، سواءً وُجِدَ نَصْبُ القِدْرِ، وتقطيعُ اللحمِ، وَصَبُّ المَاءِ عليه، وجمعُ التوابِلِ، وَسَجَرُ التَّنَوُّرِ منه، أو مِنْ غَيْرِهِ .

ولو أوقَدَ، أو وَضَعَ في التَّنَوُّرِ مع غيره، لم يحنثَ؛ لأنه لم ينفردْ بالطَّبْخِ، وكذا لو أوقَدَ هَذَا سَاعَةً، وهذا سَاعَةً .

قال الإمام^(٤) : ولو جلس الحاذِقُ بالطَّبْخِ قريباً، واستخدمَ صَبِيّاً في الإيقادِ، وَقَلَّلَ أو كَثَّرَ، ففيه تردُّدٌ؛ إذ يضافُ الطَّبْخُ هنا إلى الأَسْتَاذِ^(٥) .

ولو قال : لا آكلُ ما خَبَزَهُ فلانٌ؛ فالاعتبارُ بِإِلصاقِهِ بالتَّنَوُّرِ^(٦)، لا بِالْعَجَنِ، وَسَجَرِ التَّنَوُّرِ، وتقطيعِ الرُّغْفانِ، وبَسْطِهَا .

قلتُ : ولو حلفَ : لا يأكلُ ثَرِيداً^(٧)، لم يحنثَ بِخَبْزِ [١٢١٠ / أ] غيرِ مَثْرُودٍ في مَرَقٍ . والله أعلمُ .

(١) في المطبوع : « والثلج » .

(٢) الطبخ : هو الإيقاد تحت الآلة التي فيها الطبخ (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٤٩) .

(٣) في المطبوع : « تحته » بدل : « تحت القدر » .

(٤) انظر : « نهاية المطلب : ١٨ / ٣٤٩ » .

(٥) الأستاذ : المراد به هنا : الحاذق بالطبخ، العليم به . انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٣٤٩) . قال في « المصباح » : « الأستاذ : كلمة أعجمية، ومعناها : الماهر بالشيء » .

(٦) في المطبوع : « إلى التَّنَوُّر » بدل : « بالتَّنَوُّر » .

(٧) الثريدُ : فعيل بمعنى مفعول، يقال : ثرَدْتُ الخبزَ ثَرْدًا، وهو أن تَغْتَهَّ ثم تَبْلَهُ بِمَرَقٍ اللحمِ، وقد يكون معه اللحمُ، ومن أمثالهم : الثريدُ : أحدُ اللحمين، وربما كان أنفع وأقوى من نفس اللحمِ النضيجِ إذا ثردَ بِمَرَقَتِهِ . انظر : (نهاية الغريب، والمصباح : ث ر د)، و (فتح الباري : ٩ / ٥٥١) .

قال أستاذنا العلامة محمد شُرَّاب في كتابه (المدينة النبوية فجر الإسلام والعصر الراشدي : ١ / ٥١٣) : « وهو ما يسمَّى اليوم (الفَت)، والفتُّ إذا أُطْلِقَ، أريد به : الخبزُ المفتوت في مرق اللحمِ، فإذا كان غير ذلك، فإنه يقيَّدُ، فيقال (فتة حِمَص)، ويقال : (الفتوش) لما يفتُّ في مادة السلطنة » .

النوع الثالث: في العقود، وفيه مسائل:

إحداها: حلف: لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، أو من طعام اشتراه زيد، أو لا يلبس ثوباً اشتراه زيد، لم يحنث بما ملكه بإرث، أو هبة أو وصية، أو رجع إليه بردٌ بعيب، أو بإقالة، وإن جعلنا الإقالة بيعاً؛ لأنها لا تُسمَّى^(١) بيعاً عند الإطلاق، وكذا لا يحنث بما خلص له بالقسمة وإن جعلناها بيعاً.

ويحنث بما ملكه بالتولية، والإشراك، والسلم؛ لأنها يُبوع، [ولا]^(٢) يحنث بما ملكه بالصلح على الصحيح، وبه قطع الصيدلاني، والبغوي^(٣)، والمتولي، والرؤياني، وغيرهم.

ولو قال: لا أدخل داراً اشتراها زيد، لم يحنث بدارٍ ملك بعضهما بالشفعة. ولا يحنث بما اشتراه لزيد وكيله، ويحنث بما اشتراه زيد لغيره بوكالة، أو ولاية.

ولو اشتراه زيد، ثم باعه، فأكله، حنث؛ لأنه موصوفٌ بأن زيداً اشتراه. وكذا لو باع بعضه فأكل^(٤) من ذلك البعض.

ولو أكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو، لم يحنث على الصحيح.

وقيل: يحنث؛ لأنه ما من جزء إلا وقد وردَ عليه شراء زيد، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب.

وقيل: إن أكل النصف فما دونه، لم يحنث، وإن أكل أكثر منه، حنث؛ لأننا نتحقق أنه أكل مما اشتراه زيد. ثم لم يفرّق الجمهور بين قوله: لا أكل من طعام اشتراه زيد، وقوله: طعاماً اشتراه زيد. وخصّ البغوي الأوجه بما إذا قال: من طعام اشتراه زيد، وقطع بعدم الحنث فيما إذا قال: طعاماً اشتراه زيد.

قال: إلا أن يريد^(٥): لا يأكل طعامه أو من طعامه، فيحنث بالمشترك. ولو

(١) في المطبوع: «لأنه لا يسمَّى».

(٢) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣٣).

(٤) في المطبوع: «وأكل».

(٥) في المطبوع زيادة: «أن».

اشترى زيد طعاماً، وعمرُو طعاماً، وخلطاً، فأكل الحالف من المختلط، فثلاثة أوجُه:

أحدها: لا يحنث، وإن أكل الجميع، وبه قال ابن أبي هريرة؛ لأنه لا يمكن الإشارة إلى شيء منه بأنه اشتراه زيد.

والثاني، وهو قول الإصطخري، واختاره القاضي أبو الطيب: إن أكل أكثر من النصف، حنث، وإلا، فلا، وهذا^(١) عند استواء القدرين.

والثالث، وهو الأصح، وبه قال أبو إسحاق: أنه إن أكل قليلاً يمكن أن يكون ممّا اشتراه عمرُو، كعشر حبات من الحنطة، وعشرين [حبة]^(٢)، لم يحنث، وإن أكل قدرًا صالحاً، كالكَفِّ والكفّين، حنث؛ لأنّا نتحقّق أنّ فيه ممّا اشتراه زيد.

فَرَعٌ: قال: لا أسكن داراً لزيد، فسكن داراً له فيها حصّة قليلة، أو كثيرة، لا يحنث. نص عليه في « الأم ».

فَرَعٌ: في « تعلية إبراهيم المرؤذي »: أنه لو حلف: لا يأكل طعام زيد، فأكل مشتركاً بينه وبين غيره، حنث، وقد سبق عن البغوي ما يوافقه.

قال: ولو حلف لا يلبس ثوب زيد، أو لا يركب دابته، فلبس، أو ركب مشتركاً، لم يحنث.

المسألة الثانية: حلف لا يشتري، أو لا يبيع، فوكل من باع واشترى له، أو لا يضرب عبده، فأمر من ضربه، أو حلف الأمير أو القاضي: لا يضرب، فأمر الجلاد، فضرب، لم يحنث. وذكر الربيع^(٣): أن الحالف إن كان ممن لا يتولّى البيع والشراء، والضرب^(٤) بنفسه، كالسلطان، أو كان الفعل المحلوف عليه لا يعتاد

(١) في المطبوع: « وهو ».

(٢) ما بين حاصرتين زيادة من المطبوع.

(٣) هو الربيع بن سليمان المرادي. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات : ١ / ٤٥٧) : « واعلم أنّ الربيع حيث أطلق في كتب المذهب، المراد به: المرادي، وإذا أرادوا: الجيزي، قيّدوه بالجيزي ».

(٤) في المطبوع: « أو الضرب ».

الحالِف فعله [أو لا يجيء منه] ^(١)، كالبناء [١٢١٠ / ب] والتطين، حِنْثٌ إذا أَمَرَ به؛ فمنهم مَنْ جعل هذا قولاً آخرَ. وأثبت قولين، والمذهبُ: القطعُ بأنه لا يحنْثُ، والامتناعُ مِنْ جَعْلِهِ قولاً.

ولو حلف: لا يزوّجُ، أو لا يطلقُ، أو لا يَغْتِقُ، فوَكَّلَ، وعقدَ الوكيلُ، فكَالتوكيلَ في البيع.

ولو فَوَّضَ الطلاقَ إلى زوجته، فطَلَّقَتْ نَفْسَهَا، لم يحنْثَ على المذهب. وحكي قولٌ: أنه يحنْثُ هنا، وإن لم يحنْثَ في التوكيل؛ لأنه فَوَّضَهُ إلى مَنْ لا يملكُهُ، فكأنه ^(٢) هو المطلق.

ولو ^(٣) قال: إن فعلتِ [كذا] ^(٤)، أو إن شئتِ، فأنتِ طالقٌ، ففعلتِ، أو شاءتِ، حِنْثٌ؛ لأن الموجودَ منها مُجَرَّدُ صِفَةٍ، وهو المطلق.

ولو حلف: لا يتزوّجُ، أو لا ينكحُ، فوَكَّلَ مَنْ قَبِلَ له نكاحَ امرأةٍ، فهل يحنْثُ؟ وجهان، حكاهما الْمُتَوَلَّى:

أحدهما: لا، كالبيع، وبه قطع الصَّيْدَ لَانِيٍّ، والغزاليُّ.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن الوكيلَ هنا سَفِيرٌ مُحَضَّرٌ، ولهذا يجبُ تسمية الموكَّلِ، وبه قطع البغويُّ.

ولو قَبِلَ لغيره نكاحاً، فَمُقْتَضَى الوجهِ الأولِ: الحِنْثُ، ومُقْتَضَى الثاني: المنعُ.

ولو حلف: لا يبيعُ ولا يشتري، فتوَكَّلَ لغيره فيهما، حِنْثٌ على الأصحِّ، وهو الذي أطلَقَهُ جماعة.

وقيل: لا يحنْثُ.

(١) ما بين حاصرتين من (أ).

(٢) في المطبوع: « وكأنه ».

(٣) في المطبوع: « فلو ».

(٤) ما بين حاصرتين من (أ).

وقيل : إن صَرَحَ بالإضافة إلى الموكل، لم يَحْنَثْ، وإن نواه، ولم يصرِّحْ، حَنِثَ.

ولو قال : لا أَكَلُّمُ عبداً اشتراهُ زيد، لم يَحْنَثْ بتكليم عبداً، اشتراهُ وكيله.

ولو قال : لا أَكَلُّمُ امرأةً تزوّجها زيد، فكَلَّمْ مَنْ تَزَوَّجَهَا لزيد وكيله، ففيه الوجهان، فيما لو حلف : لا يتزوّجُ، فتزوّجَ وكيله له.

ولو حلف : لا يكَلِّمُ زوجة زيد، حَنِثَ بتكليم من تزوّجها بنفسه، أو بوكيله بلا خلاف.

واعلم : أنَّ كلَّ هذه الصُّور فيمن أطلقَ ولم يَنْوِ؛ فأما إنَّ نوى أن لا يفعلَ، ولا يفعل بإذنه، أو لا يفعل، ولا يأمر به، فيحَنِثُ إذا أمر به، ففعل، هكذا أطلقوه مع قولهم : إنَّ اللفظَ حقيقة لِفِعْلٍ نَفْسِهِ، واستعمالُهُ في المعنى الآخرِ مَجَازٌ^(١). وفي هذا استعمالُ اللفظِ في الحقيقة والمجاز جميعاً وهو بعيد عند أهل الأصول، والأولى أن يؤخذَ معنى مشتركٌ بين الحقيقة والمجاز^(٢)، فيقال : إذا نوى أن لا يسعى في تحقيق ذلك الفعل، حَنِثَ بمباشرتِهِ، وبالأمرِ بِهِ؛ لشمولِ المعنى، وإرادةُ هذا المعنى إرادةَ المَجَازِ فقط.

قلتُ : هذا الذي ذكره الرافعي^(٣) حَسَنٌ، والأولُ صحيحٌ على مذهبِ الشافعي، وجمهور أصحابنا المتقدمين في جوازِ إرادةِ الحقيقة والمجازِ بلفظ واحد. والله أعلم.

فَرَعٌ : حلفَ : لا يحلُّ رأسه، فأمر غيره، فحلَّقه، فقيل : يَحْنَثُ؛ للعُرْفِ.

وقيل : فيه الخلافُ، كالبيع.

ولو حلفَ : لا يبيعُ من زيد، فباعَ مِنْ وكيله، أو وَكَّلَ مَنْ باعَ من زيد، لم يَحْنَثْ.

(١) المجازُ : ضد الحقيقة، مثال : ﴿ وَسَكَنَ الْقَرْيَةَ ﴾ [يوسف : ٨٢]، و : ﴿ هَلَمَّتْ صَوِيحٌ وَبَعِثَ وَصَلَوْتُ ﴾ [الحج : ٤٠] فالقرية لا تسأل في الحقيقة، والصلوات لا تهدم، وإنما مجازٌ، أراد : أهل القرية، ومواضع الصلوات (النظم المستعذب : ٢ / ١٣٩).

(٢) في المطبوع زيادة : « جميعاً »، ليست في الأصول، ولا في (فتح العزيز : ١٢ / ٣٠٩).

(٣) انظر : (فتح العزيز : ١٢ / ٣٠٩).

ولو حلف: لا يبيعُ لزيد مالا، فباع ماله بإذنه، أو بإذن الحاكم؛ لحَجَر^(١)، أو امتناع^(٢)، حِنْثٌ. وإنْ باعَ بغيرِ إذنٍ، لم يَحْنُثْ؛ لفسادِ البيعِ. فلو وَكَّلَ زيدٌ وكيلاً في بيعِ ماله، وأذنَ له في التوكيلِ، فوَكَّلَ الوكيلُ الحالفَ فباعَ^(٣)، وهو لا يعلم، نصٌّ في «الأم»: أنه لا يَحْنُثْ، وهو تفريعٌ على أحدِ القولين في حِنْثِ الناسي.

وقال الْمُتَوَلَّى: إن كان أذنَ لوكيله أَنْ يوَكِّلَ عنه، حِنْثٌ؛ لأنه باعَ لزيد، يعني: إذا علم، أو قلنا: يَحْنُثُ [١٢١١ / أ] الناسي، وإن كان أذنَ له في التوكيلِ عن نفسه، فباع، لم يَحْنُثْ؛ لأنه لم يبيعَ لزيد، بل لوكيله، وإنْ أطلقَ الإذنَ في التوكيلِ، فعلى الخلافِ في أَنْ مَنْ يوَكِّلُهُ وكيلٌ الموَكَّلَ، أو^(٤) وكيلٌ الوكيلِ؟.

ولو قال: لا يبيعُ لي زيدٌ مالا، فوَكَّلَ الحالفَ رجلاً في البيعِ، وأذنَ له في التوكيلِ، فوَكَّلَ الوكيلُ زيدا، فباعَ، حِنْثُ الحالفِ، سواء علمَ زيدٌ، أم لم يعلمَ؛ لأنَّ اليمينَ منعقدةٌ على نفي فعلٍ زيدا، وقد فعل^(٥) زيدٌ باختياره.

المسألة الثالثة: حلفَ لا يبيعُ، فباعَ بيعاً فاسداً، أو لا يَهَبُ، فوهبَ هبةً فاسدةً، لم يَحْنُثْ، وتنزُلُ ألفاظُ العقود على الصحيح. هذا إذا أطلقَ اليمينَ؛ فإنْ أضافَ العقدَ إلى مالا يَقْبَلُهُ؛ بأنْ حلفَ: لا يبيعُ الخمرَ، أو المستولدةَ، أو مالَ زوجته، أو غيرها بغيرِ إذنٍ، ثم أتى بصورةَ البيعِ، فإنْ كان^(٦) مقصوده أَنْ لا يتلفَظَ بلفظِ العقدِ مُضافاً إلى ما ذكره، حِنْثٌ، وإنْ أطلقَ، لم يَحْنُثْ؛ لأنَّ البيعَ هو السببُ المملِّكُ، وذلك لا يتصوَّرُ في الخمرِ.

وكذا لو قال: لأبيعَنَّ الخمرَ، لا يَبْرُ بصورةَ البيعِ. قال المُرْنِيُّ^(٧): يَحْنُثُ بصورةَ

(١) في المطبوع: «بحَجَر»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٠).

(٢) في المطبوع زيادة: «الحاكم»، ليست في الأصول، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٠).

(٣) قوله: «فباع» ساقط من المطبوع.

(٤) في المطبوع: «أم».

(٥) في المطبوع: «فعله»، والمثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٠).

(٦) كلمة: «كان» ساقطة من المطبوع.

(٧) قوله: «وكذا لو قال... المُرْنِيُّ» ساقط من المطبوع، وبدله: «أو المستولدة، أو مالَ زوجته، أو غيرها بغيرِ إذنٍ ثم أتى بصورة»، وما في المطبوع إقحامٌ من الطابع. سلف قبل سطرين.

البيع، وهو وجهٌ لغيره، حكاه صاحبُ «التقريب»^(١) والصحيحُ: الأولُ، وسيأتي خلافُ إن شاء الله تعالى في أنه هل يتعينُ حَمْلُ لفظِ العباداتِ، كصوم، وصلاةٍ على الصحيح؟ ولا خلاف أنه لو حلف^(٢): لا يحجُّ، يحنثُ بالفسادِ؛ لأنه منعقد يجب المضيُّ فيه، كالصحيح.

ولو حلفَ: لا يبيعُ بيعاً فاسداً، لم يحنثُ بالبيعِ الفاسدِ، ذكره الصَّيدلانيُّ والرُّويانيُّ.

وقال الإمام^(٣): الوجه - عندنا - أنه يَحْنُثُ.

الرابعةُ: إذا حلفَ لا يَهَبُ، حَنَثَ بكلِّ تملكٍ في الحياةِ خالٍ عن العَوَضِ؛ كالهبةِ، والصدقةِ، والرَّقْبَى^(٤)، والعُمْرَى^(٥)؛ لأنها أنواعٌ خاصةٌ مِنَ الهبةِ. وقيل: لا يَحْنُثُ بما سوى الهبةِ.

وقيل: يَحْنُثُ بالرَّقْبَى والعُمْرَى دونَ الصدقةِ، حكاه المُنَوَّلِيُّ، ووجهه بأن الهبة والصدقة تختلفان اسماً ومقصوداً وحكماً.

أما الاسمُ؛ فلأنَّ مَنْ تصدَّقَ على فقيرٍ لا يقالُ: وهبَ له.

وأما المقصودُ؛ فلأنَّ الصدقةَ للتقربِ إلى الله تعالى، والهبةُ لاكتسابِ المودةِ.

وأما الحكمُ؛ فلأنَّ النبيَّ ﷺ كان لا يأْكُلُ الصَّدَقَةَ، ويأْكُلُ الهِبَةَ والهِدْيَةَ^(٦).

(١) صاحب التقريب: هو أبو الحسن القاسم بن القفال الشاشي الكبير.

(٢) في المطبوع زيادة: «أَنْ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٨٨).

(٤) الرَّقْبَى: هو أن يقول الرجل للرجل: قد وهبتُ لك هذه الدار، فإن متَّ قبلي رجعت إليَّ، وإن متَّ قبلك فهي لك، وهي فعلى من المراقبة؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما يرقبُ موت صاحبه (نهاية الغريب: رقب).

(٥) العُمْرَى: يقال: أعمرتُه الدار عُمْرَى؛ أي: جعلتها له يسكنها مدة عمره، فإذا مات عادت إليَّ (نهاية الغريب: عمر).

(٦) أخرج البخاري (٢٥٧٦)، ومسلم (١٠٧٧) عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: كان رسول الله ﷺ إذا أتى بطعام، سأل عنه: أهديَّة أم صدقة؟ فإن قيل: صدقة، قال لأصحابه: كلوا، ولم يأكل، وإن قيل: هدية، ضرب بيده ﷺ فأكل معهم، وانظر: (جامع الأصول: ٤ / ٦٥٩، ١١ / ٦١٣ - ٦١٤).

هذا في صدقة التطوع، أمّا إذا أدّى الزكاة، أو صدقة^(١) الفطر، فلا يحنّ، كما لو أدّى ديناً.

وعن القفال ترديد جواب فيه، والمذهب: الأول.

ولا يحنّ بالإعارة؛ إذ لا تملك فيها، ولا بالوصيّة؛ لأنها تملك بعد الموت، والميت لا يحنّ، ولا بالضيافة.

وقال ابن القطان: يحنّ بالوصيّة. وفي الضيافة وجه، حكاه المتوكلي؛ بناءً على أنّ الضيف يملك ما يأكله؟ والصحيح: الأول في المسألتين.

ولا يحنّ بالوقف عليه إن قلنا: المملك فيه للواقف، أو لله تعالى، وهو المذهب، وإن قلنا للموقوف عليه، حنّ. وقيل: فيه خلاف.

ولو قال الحالف لرجل: وهبتك كذا، فلم يقبل، لم يحنّ على الصحيح؛ لأن العقد لم يتم.

وقال ابن سريج: يحنّ؛ لأنه يقال: وهبه [كذا]^(٢)، فلم يقبل، وخرّج على هذا الخلاف فيما إذا أغمّر، أو أرقّب^(٣)، ولم نصحّ العقدین.

ولو تمّ الإيجاب والقبول في الهبة، لكن لم تقبض، فوجهان:

أصحهما [١٢١١ / ب] عند المتوكلي: يحنّ؛ لأن الهبة حصلت، والمتخلف الملك.

وعند البغوي^(٤): لا يحنّ؛ لأن مقصود الهبة لم يحصل.

قلت: الأصح لا يحنّ، وصحّحه آخرون غير البغوي، منهم الرافعي في «المحرّر». والله أعلم.

فرع: حلف: لا يتصدق، فتصدق فرضاً، أو تطوعاً^(٥)،

(١) في (ظ، أ): «و صدقة» بدل: «أو صدقة».

(٢) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٣) في المطبوع: «... أغمّره، أو أرقبه».

(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٤٣).

(٥) في المطبوع: «نفلاً»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٢).

حَنْثٌ^(١)؛ لَشُمُولِ الاسمِ، وسواءٌ تصدَّقَ على فقيرٍ، أو غنيٍّ.
 وقال الْمُتَوَلَّى: لو دفعَ إلى ذمي لا يَحْنُثُ؛ لأنه لا قُرْبَةَ فيه، وهذا ممنوعٌ.
 ويحْنُثُ بالإعتاقِ دون الإعارة والضیافة، وفي الهبة وجهان.
 أحدهما: يَحْنُثُ بها كَعَكْسِهِ.
 وأصْطُهما: لا. والصدقةُ والهبةُ تتداخلانِ تداخلَ العُومِ والخصُوصِ، فكلُّ
 صدقةٍ هِبَةٌ، ولا ينعكسُ.
 ولو وَقَفَ، فقد أطلقَ الْمُتَوَلَّى أنه يَحْنُثُ.
 وقال غيرُهُ: يبنی على الأقوال في مِلْكِ الوقْفِ، لمن هو؟ إن قلنا: للواقِفِ،
 لم يَحْنُثُ. وإن قلنا: لله تعالى، حَنْثٌ، وإن قلنا: للموقوفِ عليه، فوجهانِ،
 كالهبةِ.
 فَرَعٌ: حلفَ: لا يَبْرُ فلاناً، دخلَ في اليمينِ جميعُ التبرعاتِ من الهبةِ، والهديةِ،
 والإعارةِ، والضیافةِ، والوقفِ، وصدقةِ التَطَوُّعِ، فيحْنُثُ بأَيِّها وجدَ.
 ولو كان المحلوفُ عليه عبدهُ، فأعتقه، حَنْثٌ، وكذا لو كان عليه دينٌ، فأبرأه،
 ولا يَحْنُثُ بأنْ يدفعَ إليه الزكاةَ.
 ولو حلفَ: لا يَعْتِقُ عبداً، فكاتبَهُ، وَعَتَقَ بالأداءِ، لم يَحْنُثُ، ذكره ابنُ القَطَّانِ.
 ولو حلفَ: لا يضمِّنُ لفلانٍ مالاً، فكفلَ بدنَ مديونه، لم يَحْنُثُ.
 الخامسةُ: حلفَ: لا مالَ له، حَنْثٌ بكلِّ مالٍ له^(٢) حتَّى ثيابَ بدنِهِ، ودارِهِ التي
 يسكنُها^(٣)، وعبده الذي يخدمُهُ، ولا يختصُّ بنوعٍ من المالِ إلَّا أنْ ينويَهُ.
 ولو كان له دينٌ حالٌّ على مَلِيٍّ مُقَرَّرٍ، حَنْثٌ، كالوديعةِ.
 قال الْمُتَوَلَّى: وخُرَجَ فيه وجهٌ من قولِهِ القديمِ: لا زكاةَ في الدَّينِ، والمذهبُ:
 الأولُ.

(١) في المطبوع: « يحنث »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٢).

(٢) كلمة: « له » لم ترد في (أ)، ولا في المطبوع.

(٣) في المطبوع: « يسكن فيها » بدل: « يسكنها ».

وإن كان مؤجلاً، أو على مُعَسِّر، أو جاحِدٍ، حَنِثَ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لأنه ثابتٌ في الذمَّة، يصحُّ الإبراء منه.

وقيل في الجاحِدِ وجهٌ ثالث: إن كان له بَيِّنَةٌ، حَنِثَ^(١)، وإلا، فلا. ولو كان له عبدٌ آبَقٌ، أو مالٌ ضالٌّ^(٢)، أو مغصوبٌ، أو مسروقٌ، وانقطع خبرُها، ففي الحَنِثِ وجهان؛ لتعارض أصلِ بقائها، وعدم الحَنِثِ. ولو كان الغاصِبُ حاضراً، والمالكُ قادرٌ على الانتزاعِ منه، أو على بيعه ممَّنْ يَقْدِرُ على انتزاعه، حَنِثَ قطعاً، ذكره المتولِّي. ولو كان له مُدَبَّرٌ، أو مُعَلَّقٌ عِتْقُهُ بِصَفَةٍ، أو مالٌ أَوْصَى به^(٣)، حَنِثَ؛ لأنها باقيةٌ على ملكه، ولا يحنثُ بالمكاتبِ على الأصحِّ. ويقال: الأظهر، وقيل: قطعاً، ويحنثُ بأَمِّ الولدِ على الأصحِّ؛ لأنَّ رَقَبَتها له، وله منافعها، وأرضُ الجناية عليها. ولو كان يملكُ منفعةً بوصيَّةٍ، أو إجارةً، لم يحنثُ على الصحيح. ولا يحنثُ بالموقوف إن قلنا: المِلْكُ فيه لله تعالى، أو للواقف، وإن قلنا: له، فكالْمُسْتَوْلَدَةِ.

ولو كان قد جُنِيَ عليه خطأ أو عمداً، وعَفَا^(٤) على مال، حَنِثَ. وإن كانتِ الجنايةُ عمداً، ولم يقتصرْ، ولم يَغْفُ، قال في «البيان»^(٥): يحتملُ أن يبنى على أنَّ موجبَ العمدِ ماذا؟ إن قلنا: القود، لم يحنثْ، وإن قلنا: القود، أو المال، حَنِثَ، وقد يتوقَّفُ [١٢١٢ / أ] في هذا.

قلتُ: الصوابُ الجزمُ بأن لا حنثَ. والله أعلم.

وكونُ المالِ مرهوناً لا يمنعُ الحَنِثَ، وكذا عدمُ استقرارِ المِلْكِ. وقال ابنُ القَطَّان: لا يحنثُ بالأجرةِ المقبوضة إذا لم تُنْقَضِ المدةُ، وغلَّطه ابنُ كَجَّ.

(١) في المطبوع زيادة: «قطعاً»، لم ترد في الأصول، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٣).

(٢) في المطبوع: «ضالَّة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٣).

(٣) في المطبوع: «أو وصَّى به»، خطأ. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٣١٣).

(٤) في (أ)، والمطبوع: «أو عفا».

(٥) انظر: (البيان: ١٠ / ٥٦٥).

فَرْعٌ: حَلَفَ: لَا مِلْكَ لَهُ، حَنِثَ بِالْأَبْقِ، وَالْمَغْصُوبِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ زَوْجَةٌ، قَالَ الْمَتَوَلَّى: يَبْنِي عَلَى أَنَّ النِّكَاحَ: هَلْ هُوَ عَقْدٌ تَمْلِكُ، أَوْ عَقْدٌ حِلٌّ؟ فَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِكُ، حَنِثَ.

قُلْتُ: الْمَخْتَارُ أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ^(١) إِذَا لَمْ تَكُنْ نِيَّةً؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْهَمُ مِنْهُ الزَّوْجَةُ. وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَحْنُثَ بِالْكَلْبِ، وَالسَّرْجِينِ^(٢)، وَغَيْرِهِمَا مِنَ النَّجَاسَاتِ، وَلَا بِالزَّيْتِ النِّجَسِ إِذَا لَمْ نَجُوزْ^(٣) بَيْعَهُ.

وَلَوْ حَلَفَ: لَا رَقِيقَ لَهُ، أَوْ لَا عَبْدَ [لَهُ]^(٤)، أَوْ لَا أَمَةً [لَهُ]^(٥)، وَلَهُ مَكَاتِبٌ، لَمْ يَحْنُثْ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَيَحْنُثُ بِمَذْبَرٍ قَطْعًا. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

النوع^(٦) الرابع: فِي الْإِضَافَاتِ وَالصِّفَاتِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: حَلَفَ: لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ، أَوْ بَيْتَهُ، أَوْ لَا يَلْبَسُ ثَوْبَهُ، أَوْ لَا يَرْكَبُ دَابَّتَهُ، قَالَ الْأَصْحَابُ: مُطْلَقُ الْإِضَافَةِ إِلَى مَنْ يَمْلِكُ يَقْتَضِي^(٧) ثُبُوتَ الْمَلِكِ؛ وَلِهَذَا: لَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لَزَيْدٍ، كَانَ إِقْرَارًا بِمَلِكِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنَّهَا مَسْكَنُهُ، لَا يُقْبَلُ.

وَقَدْ تَضَافَ الدَّارُ وَالْبَيْتُ إِلَى الْإِنْسَانِ بِجَهَةِ أَنَّهَا مَسْكَنُهُ؛ لَكِنَّهُ مَجَازٌ، وَلِهَذَا يَصِحُّ نَفْيُ الْإِضَافَةِ مَعَ إِثْبَاتِ السُّكْنَى، فَيَقَالُ: هَذِهِ الدَّارُ لَيْسَتْ مَلِكَ زَيْدٍ، لَكِنَّهَا مَسْكَنُهُ. إِذَا عُرِفَ هَذَا فَلَا يَحْنُثُ الْحَالِفُ بِدُخُولِ دَارٍ يَسْكُنُهَا زَيْدٌ بِإِجَارَةٍ، أَوْ إِعَارَةٍ، أَوْ غَصَبٍ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: أَرَدْتُ الْمَسْكَنَ، وَيَحْنُثُ بِدُخُولِ دَارٍ يَمْلِكُهَا وَإِنْ لَمْ يَسْكُنْهَا، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: أَرَدْتُ مَسْكَنَهُ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « لَا حَنْثٌ ».

(٢) السَّرْجِينِ: الزَّيْلُ (الْمَصْبَاحُ: س ر ج).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: « نَجَز ».

(٤) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٥) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٦) كَلِمَةٌ: « النَّوْعُ » سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٧) فِي الْمَطْبُوعِ: « مُقْتَضَى ».

ولو حلفَ: لا يدخلُ مَسْكَنَ فلان، حَتَّى بدخول مَسْكَنِهِ المملوكِ والمستأجرِ، والمستعار^(١). وفي المغصوب وجهان؛ لأنه لا يملك سُكْنَاهُ.

قلتُ: أصحُّهما: الحِنْتُ. والله أعلمُ.

وفي دخولِ داره التي لا يسكنها أوجُه:

أصحُّها^(٢): لا يحنْتُ.

والثالث: إن كانَ سَكْنُهُ^(٣)، ولو يوماً، حِنْتُ، وإلَّا، فلا، ولو أراد مسكنَهُ المملوكُ، لم يحنث بغيره بِحَالٍ.

فَرَعٌ: حلفَ: لا يدخلُ دار زيد، وقد وقفَ زيدٌ على غيره داراً، قال المُتَوَلَّى: إن قلنا: الوقفُ ملكُ الواقفِ^(٤)، حَنَثَ بدخولها، وإلَّا، فلا.

وإن دخلَ داراً موقوفةً على زيد، فإن قلنا: الوقفُ ملكٌ للموقوفِ عليه، حَنَثَ وإلَّا، فلا.

ولو دخلَ داراً لمكاتَبِ زيد، لم يحنث.

فَرَعٌ: حلفَ: لا يدخلُ دار المكاتَبِ، حَنَثَ بدخولها على الصحيح؛ لأنه مالكٌ نافذُ التصرفِ.

المسألةُ الثانيةُ: حلفَ: لا يدخلُ دار زيد، فباعها زيدٌ، ثم دخلها، لم يحنث؛ لأنه لم يدخل دار زيد، وكذا لو قال: لا أكلُّم عبدَ فلان، أو أجيره، أو زوجته، فكلم بعد زوال ملكه عن العبد، وانقطاع الإجارة، والنكاح.

أو قال: لا أكلُّم سيدَ هذا العبدِ، أو زوجَ هذه المرأة، فكلم بعد زوال الملك والنكاح، لم يحنث. فلو اشترى زيدٌ بعد ما باعها داراً أخرى، قال الصيدلاني: إن قال: أردتُ الأولى بعينها، لم يحنث بدخول الثانية، وإن قال: أردتُ أيَّ دارٍ تكون في ملكه، حَنَثَ بالثانية دون الأولى، وإن قال: أردتُ أيَّ دارٍ جرى [١٢١٢ / ب]

(١) قوله: « والمستعار » ساقط من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « أصحهما ».

(٣) في (ظ، س، أ): « يسكنه »، المثبت من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « للواقف ».

عليها ملكة، حَنِثَ بآيتهما^(١) دَخَلَ. هذا كله إذا قال: دار زيد، ولم يعيّن، فأما إذا قال: لا أدخل دار زيد هذه، فباعها [زيد]، ثم دخلها، فيحَنُثُ على الصحيح؛ لأنه عقد اليمين على عين تلك الدار، ووصفها بإضافة قد تزول، فغلب التعيين، كما لو قال: لا أكلم زوجة زيد هذه، أو عبده هذا، فكلمهما بعد الطلاق والعق، يَحْنُثُ.

ولو^(٢) قال: لا أكل لحم هذه البقرة، وأشار إلى شاة؛ فإنه يحَنُثُ بأكل لحمها، ولا يجيء فيه^(٣) الخلاف فيما لو قال: بعثك هذه البقرة، وهي شاة؛ لأنّ العقود يُراعى فيها شروطٌ وتعبداتٌ لا يعتبر مثلها في الأيمان.

ولو حلف: لا يكلم زيدا هذا، فبدّل اسمه، واشتهر بالاسم المُبدل، ثم كلمه، حَنِثَ اعتباراً بالتعيين.

الثالثة: حَلَفَ: لا يدخل هذه الدار من هذا الباب، فدخلها من موضع آخر عتيق، أو مُحدَث، وذلك الباب بحاله، لم يَحْنُثْ، فلو قلع الباب، وحوّل إلى منفذ آخر من تلك الدار، فثلاثة أوجه:

أصحبها: تحملُ اليمينُ على المنفذ الأول؛ لأنه المحتاجُ إليه في الدخول، فإن دخل منه، حَنِثَ، وإن دخل من المنفذ المحوّل إليه، لم يَحْنُثْ.

والثاني: يحملُ على الباب المتخذ من الخشب ونحوه؛ لأن اللفظ له حقيقة، فيحَنُثُ بدخول المنفذ المحوّل إليه دون الأول.

والثالث: يحملُ عليهما؛ لأن الإشارة وقعت إليهما، فلا يحَنُثُ بدخول منفذ آخر، وإن نصب عليه ذلك الباب، ولا بدخول المنفذ الأول، هذا إذا أطلق. فإن قال: أردتُ بعض هذه المحامِلِ، حُمِلَ عليه، وارتفع الخلاف.

ولو قلع الباب، ولم يحوّل إلى موضع آخر، حَنِثَ بدخول ذلك المنفذ على الأصحّ، ويعبّر عن الخلاف؛ بأن الاعتبار بالمنفذ^(٤)، أم بالباب المنسوب عليه؟

(١) في المطبوع: « بآيتها ».

(٢) في (أ): « وكما لو ».

(٣) في المطبوع: « فيها ».

(٤) في (ظ): « بالمقدم ».

قال الْمُتَوَلَّى؛ بناءً عليه: لو قال: لا أدخل هذا الباب، وقلنا: تنعقدُ اليمينُ على الباب المنصوب. فنقله^(١) إلى دار أخرى، فدخلها منه، حَنِثَ، والمذهبُ أنه لا يَحْنُثُ إِلَّا أَنْ يَرِيدَ: لا أدخلُ منه حيثُ نُصِبَ.

ولو قال: لا أدخلُ باب هذه الدار، أو: لا^(٢) أدخلُ هذه الدارَ من بابها، ففُتِحَ بابٌ جديد، فدخلها منه، حَنِثَ على الأصح.

ولو قال: لا أدخلُها من بابها، فتسلَّقَ ونزَلَ من السطح، لم يَحْنُثُ.

الرابعة: حلف: لا يركبُ دابةً عبد زيد، ولا يدخلُ داره، لا يَحْنُثُ بالدابة والدارِ المجعولينِ باسم العبد، إِلَّا أَنْ يَرِيدَهُ^(٣)؛ فَإِنْ مَلَكَهُ السَّيِّدُ دابةً أو داراً، بُني على أنه هل يملكُ؟ إِنْ قلنا: نَعَمْ، حَنِثَ، وإِلَّا، فلا. هذا هو الصحيح، وقولُ الجمهور.

وقال ابْنُ كَعَجٍ: لا يَحْنُثُ، وَإِنْ قلنا: إنه^(٤) يملك؛ لَأَنَّ مَلَكَه ناقص، والسيد متمكِّن من إزالته، فكأنَّه بينه وبينه، وصارَ كَمَنْ حلفَ لا يركبُ دابةً زيدَ فركبَ^(٥) مشتركةً بينه وبين غيره.

ولو حلف: لا يركبُ دابةً زيد، فركبَ دابةً مَلَكَها زيدٌ لعبده؛ إِنْ قلنا: لم يملك، لم يَحْنُثُ، وإِلَّا، فيحْنُثُ.

ولو حلف: لا يركبُ دابةً العبدِ، فَعَتَّقَ، وركبَ دابةً يملكُها، ففُتِحَ الغزاليُّ بالحنثِ، وابنُ كَعَجٍ بالمنع إذا لم يكن له بينة؛ لأنه إنما يركبُ دابةً حُرًّا. وينبغي أن يقال: إِنْ قال: لا أركبُ دابةً [١٢١٣ / ١] هذا، حَنِثَ، وَإِنْ قال: دابةً عبد، فلا، وَإِنْ قال: دابةً هذا العبدِ، فليكن على خلافٍ، يأتي إِنْ شاء الله فيما لو حلف: لا يكلمُ هذا العبدَ، فَعَتَّقَ، ثم كلمه.

ولو قال: لا أركبُ سَرَجَ هذه الدابة، فركبَ السَّرَجَ المعروف بها، حَنِثَ، وَإِنْ

(١) في المطبوع: « فنقل ».

(٢) في المطبوع: « ولا » بدل: « أو لا ».

(٣) في المطبوع: « يريد » خطأ.

(٤) كلمة: « إنه » ليست في المطبوع.

(٥) في المطبوع: « وركب ».

كان على دابة أخرى. ويقرب من هذا ما إذا حلف [على] دار، أو خانٍ منسوب، فيحمل على التعريف، كخان أبي يعلَى عندنا، وكدار العَقِيقِيّ بدمشق.

الخامسة^(١) : حلف: لا ألبس ثوباً مَنْ به فلانٌ عليّ، أو ما مَنْ به عليّ، فلبس ثوباً وهبهُ له، أو أوصى له به، حنث. ولو لبس ما باعه إِيَّاه بمحابة، لم يَحْنَث؛ لأن المِنَّةَ في نَقْصِ الثمن، لا بالثوب. وكذا لو باعه ثوباً، ثم أبرأه مِنْ ثمنه، فلبسه، أو أبدل الموهوب، أو الموصى به بغيره، أو باعه واشترى بثمنه ثوباً فلبسه، لم يَحْنَث؛ لأنَّ الأيمانَ تُبنى على الألفاظ، لا على القصور التي لا يحتملها اللفظ، ولهذا: لو مَنْ عليه رجلٌ، فحلف: لا يشربُ له ماءً من عطش، فشربه من غير عطش، أو أكلَ له طعاماً، أو لبس له ثوباً، لا يَحْنَث؛ لأن اللفظ لا يحتمله، وإن كان يُقْصَدُ في مثل هذا الموضوع^(٢) الامتناع عَنْ^(٣) جميع هذا.

السادسة: حلف: لا يلبسُ من غَزَلِ فلانة، أو ثوباً من غَزَلِها، فلبس ثوباً خِيْطَ بغَزَلِها، لم يَحْنَث. وإن لبس ثوباً سَدَّاهُ من غَزَلِها، واللَّحْمَةُ من غيره^(٤)، فإن كان قال: لا ألبسُ ثوباً مِنْ غَزَلِها، لم يَحْنَث. وإن قال: لا ألبسُ من غَزَلِها، حنث، بخلاف الخِيْطِ؛ فإنه لا يوصَفُ بأنه ملبوسٌ.

فَرْعٌ: يُراعى مُقتضى اللفظ في هاتين المسألتين، ونظائرهما في تناول الماضي والمستقبل، أو أحدهما، فإذا قال: لا ألبسُ ما مَنْ به عَلَيّ، فإنما يَحْنَث بلبس ما تقدمت المنة [به]^(٥) بالهبة، وغيرها، ولا يَحْنَث بما يَمْنُ به فيما بعد. وإذا قال: لا ألبسُ ما غَزَلَتْهُ فلانة، فإنما يَحْنَث بما غَزَلَتْهُ من قبلُ دونَ ما تَغَزَلُهُ فيما بعدُ.

ولو قال: لا ألبسُ ما يَمْنُ به، أو ما تَغَزَلُهُ، يَحْنَث^(٦) بما تَحْدُثُ المِنَّةُ به، وغزله، دون ما سبق.

ولو قال: لا ألبسُ مِنْ غَزَلِها، دخلَ فيه الماضي والمستقبل.

(١) في المطبوع: « المسألة الخامسة ».

(٢) في المطبوع: « الوضع ».

(٣) في المطبوع: « من ».

(٤) السَّدَى: وزن الحصى: من الثوب خلاف اللَّحْمَة، وهو: ما يمدُّ طولاً في النسج، والسَّدَاة: أخصُّ منه. واللَّحْمَة، بالفتح: ما ينسج عَرْضاً (المصباح ص: ٢٢٤، ٤٤٩).

(٥) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٦) في المطبوع: « حنث ».

السَّابِغَةُ: حَلَفَ: لَا يَلْبَسُ ثَوْبًا، حَيْثُ بَلَسَ الْقَمِيصَ، وَالرِّدَاءَ، وَالسَّرَاوِيلَ، وَالْجُبَّةَ، وَالْقَبَاءَ، وَنَحْوَهَا، سِوَا^(١) الْمَخِيطُ وَغَيْرُهُ، وَالْقَطْنُ وَالْكَتَانُ، وَالصُّوفُ وَالْإِبْرِيْسَمُ، وَسِوَا لِبْسِهِ عَلَى الْهَيْئَةِ الْمَعْتَادَةِ، أَوْ بِخِلَافِهَا؛ بَأَنِ ارْتَدَى، أَوْ اتَّزَرَ بِالْقَمِيصِ، أَوْ تَعَمَّمَ بِالسَّرَاوِيلِ، وَلَا يَحْنُثُ بَلَسَ الْجُلُودَ وَمَا يَتَّخِذُ مِنْهَا، وَلَا بَلَسَ الْحُلِيِّ، وَالْقَلَنْسُوَّةَ، وَلَا بَوْضَعَ الثَّوْبَ عَلَى الرَّأْسِ، وَلَا بَأَنِ يَفْرُشَهُ وَيَرْقُدَ عَلَيْهِ.

لَوْ تَدَثَّرَ بِهِ، لَمْ يَحْنُثْ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى لِبْسًا.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ حُلِيًّا، حَيْثُ بِالسَّوَارِ، وَالْخَلْخَالِ^(٢) وَالطَّوْقِ، وَالذَّمْلُجِ^(٣)، وَخَاتَمَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، وَلَا يَحْنُثُ بِالْمَتَّخِذِ مِنْ شَبَبِهِ^(٤) أَوْ حَدِيدٍ، وَيَحْنُثُ بِمِخْنَقَةِ^(٥) اللُّوْلُؤِ، وَالْجَوَاهِرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا ذَهَبٌ، وَلَا يَحْنُثُ بِتَقْلَدِ السِّيفِ الْمُحَلَّى.

وَفِي الْمِنْطَقَةِ^(٦) الْمُحَالَّةَ وَجِهَانِ.

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُمَا مِنْ حُلِيِّ الرَّجُلِ.

وَيَحْنُثُ بَلَسَ الْخَرَزَ وَالسَّبَّجَ^(٧) إِنْ كَانَ الْحَالِفُ [١٢١٣ / ب] مِنْ قَوْمٍ يَعْتَادُونَ التَّحْلِيَّ بِهِمَا، كَأَهْلِ السَّوَادِ^(٨). وَفِي غَيْرِهِمَا وَجِهَانِ، كَمَا لَوْ حَلَفَ غَيْرُ الْبَدَوِيِّ: لَا يَدْخُلُ بَيْتًا، فَدَخَلَ بَيْتَ شَعْرٍ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَسِوَا »، وَكَلِمَةُ: « سِوَا » لَيْسَتْ فِي (أ).

(٢) الْخَلْخَالُ: حَلِيَّةٌ كَالسَّوَارِ، تَلْبَسُهَا النِّسَاءُ فِي أَرْجُلِهِنَّ (الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ: ١ / ٢٥٧).

(٣) الذَّمْلُجُ: سِوَارٌ يَحِيطُ بِالْعَصْدِ (الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ: ١ / ٣٠٧).

(٤) الشَّبَبَةُ بِفَتْحَتَيْنِ: مِنَ الْمَعَادِنِ مَا يَشْبَهُ الذَّهَبَ فِي لَوْنِهِ، وَهُوَ أَرْفَعُ الصُّفْرِ (الْمَصْبَاحُ: ش ب هـ). وَجَاءَ فِي « الْمَعْجَمِ الْوَسِيطِ »: « الشَّبَبَةُ: النَّحَاسُ الْأَصْفَرُ ».

(٥) الْمِخْنَقَةُ بِكَسْرِ الْمِيمِ: الْقِلَادَةُ، سَمِيَتْ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا تَطِيفُ بِالْعُنُقِ، وَهُوَ مَوْضِعُ الْخَنْقِ (الْمَصْبَاحُ: خ ن ق).

(٦) الْمِنْطَقَةُ: مَا يَشُدُّ بِهِ الْوَسْطُ، وَهُوَ حِزَامٌ مِنْ جِلْدٍ أَوْ نَحْوِهِ عَلَى هَيْئَةِ (الْكَمَرِ) إِلَّا أَنَّهَا لَيْسَتْ فِيهَا مَوْضِعٌ لِلنَّقُودِ.

(٧) السَّبَّجُ: خَرَزٌ أَسْوَدٌ، يَلْبَسُ فِي الْعِرَاقِ كَثِيرًا، الْوَاحِدَةُ: سَبَجَةٌ، مِثْلُ: قَصَبٌ وَقَصْبَةٌ. انْظُرْ: (النِّظْمُ الْمُسْتَعْدَبُ: ٢ / ١٣٦)، وَ(تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللِّغَاتِ: ٣ / ٢٥٠)، وَ(الْمَصْبَاحُ: س ب ج).

(٨) السَّوَادُ: أَيُّ: سَوَادِ الْعِرَاقِ، وَسَوَادِ الْعِرَاقِ: قَرَاهَا وَمَزَارَعَاهَا. انْظُرْ: (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللِّغَاتِ: ٣ / ٢٨١ - ٢٨٢).

ولو حلف: لا يلبسُ شيئاً، حَنِثَ بلبسِ الثيابِ، والحُلِيِّ، والقَلَنْسُوءَةِ^(١)، والجلود.

وفي الدَّرْعِ^(٢)، والخُفِّ، والنَّعْلِ، والجَوْشَنِ^(٣) وجهان.

أصحهما: يَحْنُثُ، وقد يطرُدُ الخلافُ في الحُلِيِّ والقَلَنْسُوءَةِ.

ولو قال: لا ألبسُ قميصاً، فارتدئ، أو اتَّزَرَ بقميصٍ، حَنِثَ على الأصحِّ. ولو فَتَقَهُ وقطعه وارتدئ، أو اتَّزَرَ به، لم يَحْنُثْ؛ لفَوَاتِ اسمِ القميصِ.

ولو قال: لا ألبسُ هذا القميصَ، فارتدئ [به]^(٤) أو اتَّزَرَ، أو قال: لا ألبسُ هذا الرداءَ، فاتَّزَرَ به، أو تَعَمَّمَ، حَنِثَ على الصحيح؛ لتعلُّقِ اليمينِ بعَيْنِ القميصِ.

ولو قال: لا ألبسُ هذا الثوبَ، وكان المحلوفُ عليه قميصاً، أو رداءً، ففتَقَهُ واتخذَ منه نوعاً آخرَ؛ بأن جعلَ القميصَ رداءً، أو الرداءَ جُبَّةً أو تَكْكَاً^(٥)، أو الخُفَّ نعلًا، ثم لبسَ المُتَّخِذَ، حَنِثَ على الأصحِّ، إلَّا أن ينوي لا يلبسُهُ ما دام على تلك الهيئة. فلو لم يذكرِ الثوبَ؛ بل قال: لا ألبسُ هذا القميصَ، أو هذا الرداءَ، ففتَقَهُ، واتخذَ منه نوعاً آخرَ ولبسَهُ، ففيه الوجهانِ، لكن الأصحُّ هنا: لا يَحْنُثُ، كما سيأتي في نظائره، إن شاء الله تعالى. فإن قلنا: لا يَحْنُثُ، فأعادَ الهيئةَ الأولى، ففي الحَنِثِ الوجهانِ في الدارِ تُعادُ بعد الانهدامِ بذلك التَّقْصِصِ^(٦).

ولو كان قال في يمينه: لا ألبسُ هذا القميصَ، أو الثوبَ قميصاً، أو هذا

(١) القَلَنْسُوءَةُ: لباسُ الرأسِ مختلف الأنواع والأشكال (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٨٤)، قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٢٢): «القَلَنْسُوءَةُ، النون فيها زائدة، وفيها لغتان. قال الجوهري: هي القَلَنْسُوءَةُ والقَلَنْسِيَّةُ، إذا فتحت القافَ ضُمَّتِ السين، وإذا ضُمَّتِ القافَ كسرتِ السين، وقلبت الواو ياءً، فإذا جمعت أو صَغُرَتْ فانت بالخيار في حذف الواو، أو النون؛ لأنهما زائدتان...»، وانظر: (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٦)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٤٣٢).

(٢) الدَّرْعُ: الزَّرْدِيَّةُ، وهي قميص من حلقات من الحديد متشابكة يلبس وقاية من السلاح، يذكر ويؤنث (المعجم الوسيط: ١ / ٢٩٠).

(٣) الجَوْشَنُ: يفتح الجيم والشين المعجمة: الدرع القصيرة على قَدَرِ الصدر. انظر: (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٦)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣٤٣).

(٤) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٥) تَكْكَاً: جمع تَكَّة، مثل سِدْرَةٍ وَسِدَرٍ: رباطُ السراويل.

(٦) في المطبوع: «النقص»، تصحيف.

الثوب، أو الرداءِ رداءً، فإن تَقَمَّصَ بالقَمِيصِ، أو ارتدئ بالرداءِ، حَنِثَ، وإن اَتَزَرَ بالقَمِيصِ أو تَعَمَّمَ بالرداءِ، لم يَحْنُثْ. وكذا لو اتخَذَ من القميص غير قميص، ومن الرداءِ غير رداءٍ، ثم لبسهما.

ولو قال: لا ألبسُهُ وهو قميصٌ، فارتدئ به، أو تَعَمَّمَ، أو اَتَزَرَ، حَنِثَ؛ لأنه لبسٌ، وهو قميصٌ، وإن اتخَذَ منه غيرَ القميصِ ولبسَهُ، لم يَحْنُثْ.

فَرَعُ: الوجهانِ فيمن قال: لا ألبسَ هذا القميصَ، فاتخَذَ منه غيره ولبسه، يجريان في صُورٍ.

منها: لو أشارَ إلى صُبْرَةِ حِنْطَةٍ، وقال: لا آكلُ هذه، حَنِثَ بأكلها على هيئتها، وبأكلها بعد الطحنِ والعجنِ، والخبزِ، والطبخِ.

ولو قال: لا آكلُ حنْطَةً، لم يَحْنُثْ بالخُبْزِ، والعجينِ والدقيقِ، والسَّوِيقِ، ويَحْنُثُ بأكلِ الحنْطَةِ نَيْئَةً، ومَقْلِيَةً، ومطبوخةً، ومبلولةً.

ولو قال: لا آكلُ هذه الحنْطَةَ، حَنِثَ بأكلها نَيْئَةً فقط^(١)، ومطبوخةً، وهل يَحْنُثُ بأكلِ دَقِيقِها وسَوِيقِها وعجينِها وخُبْزِها؟ وجهانِ.

أصحهما: لا^(٢)، وبه قطعَ بعضُهم؛ لزوال اسمِ الحنْطَةِ، فصارَ كما لو زَرَعَهَا، وأكلَ حَشِيشَهَا. أو قال: لا آكلُ هذا البيضَ، فصارَ فَرَخاً فأكلَهُ.

ولو قال: لا آكلُ من هذه الحنْطَةِ، فكذلك الحكمُ، [إلا]^(٣) أن هنا يَحْنُثُ بأكلِ بعضها.

وحكي وجهٌ: أنه إذا قال: مِنْ هذه الحنْطَةِ، حَنِثَ بأكلِ كُلِّ ما يتخَذُ منها.

ولو قال: لا آكلُ هذا الدقيقَ، فأكلَ عجينَهُ، أو خبزَهُ، أو هذا العجينَ، فأكلَ خبزَهُ، فعلى الخلافِ.

ومنها: لو قال: لا آكلُ هذا الحيوانَ، فذبحَهُ وأكلَهُ، حَنِثَ؛ لأنَّ الحيوانَ هَكَذَا يُوَكَّلُ، وهو كما لو حلفَ: لا يلبسُ هذا الغَزَلَ، فلبسَ ثوباً نُسِجَ منه، حَنِثَ.

(١) كلمة: « فقط » ليست في (أ)، ولا في (فتح العزيز: ٢ / ٣٢٣).

(٢) في (ظ): « الأول » بدل: « لا ».

(٣) كلمة: « إلا » ساقطة من (ظ).

ولو قال: لا أكل لحم هذه السخلة^(١)، أو الخروف^(٢)، فصار كبشاً^(٣)، فذبحه، وأكله، فمَنْ قال في مسألة [١٢١٤ / أ] الحنطة: يَحْنُثُ، قال هنا: يَحْنُثُ، ومن قال هناك: لا يَحْنُثُ، قال هنا: وجهان.

أصْحُمَا: لا يَحْنُثُ، ويجري الوجهان فيما لو قال: لا أكلُم هذا الصبي، فكلمه بعد مصيره شاباً، أو هذا الشاب، فكلّمه بعد مصيره شيخاً.

ومنها: لو قال: لا أكلُم هذا، وأشار إلى عبدٍ، فَعَتَقَ، ثم كلّمه، حَنِثَ.

ولو قال: لا أكلُم هذا العبد، فَعَتَقَ، فهو كمسألة السخلة.

ومنها: لو قال: لا أكلُ هذا الرطب، فصار تمرّاً، أو هذا البُسْرَ فصار رطباً، أو العنبَ فصار زيبياً، أو لا أشربُ هذا العصير، فصار خمراً، أو هذا الخمر، فصار خلّاً، أو لا أكلُ هذا التمر، فاتخذَ منه عَصِيدَةً، ثم أكلَ، أو شربَ، ففيه هذا الخلافُ، وذكر الصيّد لانيُّ أَنَّ الشافعيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَصَّ على عدم الحِنثِ في مسألة الحِنطة والتمر، وعلى الحِنثِ في الصبيِّ والسَخلة. فقل: قولان، وقيل: بتقرير النصين. والفرقُ من وجهين.

أحدهما: أَنَّ في^(٤) مسألة الحِنطة والتمر تبدّل الاسمُ، وفي السَخلة والصبي تبدّل^(٥) الصفةُ، وتبدّل الصفة لا يسقط الحِنثُ.

والثاني: أن التبدّل في الأول بمعالجة، بخلاف الثاني.

فَرْعٌ: حلف: لا يلبسُ الخاتمَ، فجعله في غير الخنصر من أصابعه، فعن المُزَنِّي في «الجامع»^(٦): أنه لا يَحْنُثُ، وتَابَعَهُ البغويُّ^(٧)، وقاسه على ما لو حلف:

(١) السخلة: تطلق على الذكر والأنثى من أولاد الضأن والمِعْزِ ساعة تولد (المصباح: س خ ل).

(٢) الخروف: الحَمَلُ؛ سمي بذلك لأنه يَخْرِفُ من هاهنا ومن هاهنا؛ أي: يرتع ويأكل (المصباح: خ ر ف). وقال الركي في (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٣): «الحَمَلُ: ولد النعجة الصغير، فإذا كبر فهو كَبْشٌ».

(٣) كبشاً: الكبشُ: فحلُّ الضأن، وانظر التعليق السابق.

(٤) كلمة: «في» ساقطة من المطبوع.

(٥) في المطبوع: «تبدّل».

(٦) هو الجامع الكبير. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٦٠)، و(تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ١٧٢).

(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٢٣).

لا يلبسُ القَلَسُوَّةَ، فجعلها في رِجْلِهِ، والذي حكاه الرُّوْيَانِيُّ عن الأصحاب: أنه يَحْنُثُ.

الثامنة: حَلَفَ: لا يخرجُ فلانٌ إلَّا بإِذْنِهِ، فأذِنَ بحيثُ لم يَسْمَعْ^(١) المأذونُ له، ولم يعلمْ، وخرجَ، فطريقان.

المذهبُ، والمنصوصُ، والذي قطع به الجمهورُ: لا يَحْنُثُ؛ لأنَّ الإِذْنَ والرِّضَا قد حَصَلَ.

وقيل: وجهان.

وقيل: قولان؛ منصوصٌ ومُخَرَّجٌ: أنه يَحْنُثُ، وهو مُخَرَّجٌ من مسألة عَزَلِ الوكيل. وعلى هذا الخلاف: ما إذا^(٢) قال لزوجته: إن خرجتِ بغيرِ إذني، فأنتِ طالق، فأذِنَ، فخرجت^(٣) وهي جاهلةٌ بالإِذْنِ.

وينبغي أن يشهدَ على الإِذْنِ ليشبتهُ عند التنازع. فإن لم تكن بَيِّنَةً، فهي المصدَّقة بيمينها في إنكارِ الإِذْنِ. وفي «كتاب ابنِ كَـجَّ» أنَّ الزوجَ هو المصدَّق، كما لو أنكرَ أصلَ التعليق. ثم قال الشافعيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: الورعُ أنْ يُحْنُثَ نفسه، وليس معناه أنْ يعدَّها مطلقةً من غير أنْ يطلقها؛ لأنَّا حَكَمْنَا بأنها زوجته، فكيف تنكحُ غيره؟ بل إنْ كان علَّقَ الطلاقَ الثلاثَ، فالورعُ أنْ يطلقها ثلاثاً، وإنْ كان المعلقُ طَلقة رجعيةً، وأرادَ إمساكها، راجعها، وإلَّا، طَلَّقها؛ لتحلَّ للأزواج، فإن راجعها، ثم طَلَّقها طَلقتين، فالورعُ أنْ لا ينكحها إلَّا بعد زوج، وإذا نكحها بعد زوج، كانت عنده بطلقة، فإن طَلَّقها، لم تحلَّ إلَّا بزوج؛ لأنه لم يَقَعْ عليها بالخروج شيء، وقد طَلَّقها بعده ثلاثاً، والزوجُ الثاني قبلَ استيفاء الثلاثِ لا أثر له.

فَرْعٌ: حَلَفَ: لا يخرجُ فلانٌ بغيرِ إذنه، أو إلَّا بإِذْنِهِ، فخرجَ بغيرِ إذنه، حَنِثَ، وإنْ خرجَ بإِذْنِهِ، لم يَحْنُثُ. وعلى التقديرين: تنحلُّ اليمينُ حتَّى لو خرج بعد ذلك بإِذْنِهِ، أو بغيرِ إذْنِهِ، لم يَحْنُثُ. وكذا لو قال لزوجته: إنْ خرجتِ بغيرِ إذني، أو إلَّا بإِذْنِي فأنتِ [ب / ١٢١٤] طالق؛ إنْ خرجتِ بغيرِ إذْنِهِ، طَلَّقَتْ، وإنْ خرجتِ بالإِذْنِ،

(١) في المطبوع: «يسمع»، تحريف.

(٢) في المطبوع: «لو» بدل: «إذا».

(٣) في المطبوع: «وخرجت».

لَمْ تَطْلُقْ، وَتَنْحَلُّ الِيَمِينُ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ. وَكَذَا الْحَكْمُ لَوْ قَالَ: إِنْ خَرَجْتَ حَتَّى آذَنْ لَكَ، أَوْ إِلَى أَنْ آذَنْ لَكَ، أَوْ إِلَّا أَنْ آذَنْ لَكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ. وَحُكِيَ قَوْلٌ، وَوَجْهٌ^(١)، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمَزْنِيِّ، وَالْقَفَالِ؛ أَنَّهُ لَا تَنْحَلُّ الِيَمِينُ بِخُرُوجِهَا بِالْإِذْنِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ خَرَجْتَ لَا بَسَّةَ لِلْحَرِيرِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَخَرَجْتَ غَيْرَ لَا بَسَةٍ، لَا تَنْحَلُّ الِيَمِينُ، حَتَّى لَوْ خَرَجْتَ بَعْدَهُ لَا بَسَةَ، طَلَقْتَ، وَالْمَذْهَبُ: الْأَوَّلُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ؛ لِأَنَّ الِيَمِينَ تَعَلَّقَتْ بِخُرُوجَةٍ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ الْأُولَى.

قَالَ الْبَغَوِيُّ: وَمَقْتَضَى هَذَا أَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنْ خَرَجْتَ غَيْرَ لَا بَسَةٍ لِلْحَرِيرِ، أَوْ لَا بَسَةَ^(٢)، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَخَرَجْتَ لَا بَسَةَ تَنْحَلُّ الِيَمِينُ، وَهَذَا يَخَالِفُ قَوْلَ الْغَزَالِيِّ: لَوْ قَالَ: إِنْ خَرَجْتَ بِلَا خُفٍّ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَخَرَجْتَ بِخُفٍّ، لَا تَنْحَلُّ الِيَمِينُ، وَفَرَقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ الْإِذْنِ بِفَرْقٍ ضَعِيفٍ، وَالْوَجْهُ^(٣) التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الصَّوْرَتَيْنِ، كَمَا ذَكَرَهُ الْبَغَوِيُّ.

وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا خَرَجْتَ، أَوْ كُلَّ وَقْتٍ خَرَجْتَ بِغَيْرِ إِذْنِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَخَرَجْتَ مَرَّةً بِالْإِذْنِ، لَمْ تَنْحَلَّ الِيَمِينُ؛ لِأَنَّهَا صِغَةُ تَكَرُّارٍ. فَلَوْ قَالَ: أَذْنْتُ لَكَ فِي الْخُرُوجِ كُلَّمَا أَرَدْتَ، أَغْنَاهُ ذَلِكَ عَنْ تَجْدِيدِ الْإِذْنِ لِكُلِّ خُرُوجَةٍ.

وَلَوْ قَالَ: مَتَى خَرَجْتَ، أَوْ (مَتَى مَا)، أَوْ (مَهْمَا)، أَوْ أَيَّ وَقْتٍ، أَوْ أَيَّ حِينٍ، فَالْحَكْمُ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ خَرَجْتَ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الصِّغَةَ لَا تَقْتَضِي تَكَرُّراً^(٤).

وَفِي «الرَّقْمِ» لِلْعَبَّادِيِّ: إِلْحَاقُ (مَتَى مَا)، وَ(مَهْمَا) بِ: (كُلَّمَا) وَهُوَ خِلَافُ نَصِّهِ فِي «الْأُمِّ».

وَلَوْ قَالَ: إِنْ خَرَجْتَ أَبَدًا إِلَّا بِإِذْنِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَلْزَمِ التَّكَرُّارُ أَيْضًا؛ بَلْ مَعْنَاهُ: فِي أَيِّ وَقْتٍ خَرَجْتَ، قَرِيبٍ أَمْ بَعِيدٍ. وَإِذَا عُلِقَ الطَّلَاقُ كَمَا صَوَّرْنَاهُ^(٥)، ثُمَّ أَذْنُ لَهَا فِي الْخُرُوجِ، ثُمَّ رَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ، وَخَرَجْتَ بَعْدَهُ، نَصَّ فِي «الْأُمِّ»: أَنَّهَا

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَوْ وَجْهٌ» بِدَلْ: «وَجْهٌ».

(٢) فِي (أ)، وَ(فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٣٢٦): «أَوْ إِلَّا لَا بَسَةَ» بِدَلْ: «أَوْ لَا بَسَةَ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «فَالْوَجْهُ».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «التَّكَرُّارُ».

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ: «صَوَّرْنَاهُ».

لا تطلق؛ لأن الإذن قد وجد، فزال حكم اليمين، والمنع بعده لا يُفيد. ورأى أبو بكر الفارسي، والمحققون تنزيل النص على ما إذا قال في التعليق: حتى آذن لك؛ لأنه جعل إذنه غاية اليمين، و[قد] حصل الإذن، فأما إذا قال: بغير إذني، أو إلّا بإذني، فإذا رجع، ثم خرجت، فهذا خروجٌ بغير إذن، وهو أول ما وجد بعد اليمين، فيقع الطلاق. ومنهم من قال: قوله: «إلّا بإذني» محتملٌ أيضاً للغاية، فيحمل عليها.

ولو قال: إن خرجت بغير إذني لغير عيادة، فأنّت طالق، فخرجت لعيادة، ثم عرّضت حاجة، فاشتغلت بها، لم تطلق.

وإن خرجت لعيادة وغيرها، فالمذكور في «الشامل»^(١) منسوباً إلى نصّه في «الأم»: أنه لا يحنث، وذكر البغوي أنه الأصح. ويشبه أن يقال: إن كان المقصود بقوله: «لغير عيادة» ما هو بمغزٍ عنها، لم يحنث، وهذا هو السابق إلى الفهم منه، وإن كان المقصود ما يغيّره في الحقيقة، فمجموع العيادة والحاجة الأخرى يغيّر مجرد العيادة.

قلت: الصواب: الجزم بأنه لا يحنث. والله أعلم.

وإن قال: إن خرجت إلّا لعيادة، فينبغي أن يحنث؛ لأنه يصدق أن يقال: لم تخرج للعيادة؛ بل لها، ولغيرها.

النوع الخامس: في الكلام:

وفيه مسائل:

إحداها: إذا قال: والله! لا أكلّمك، فتَنَحَّ عني، أو قُمْ، أو اخرج، أو شَتَمَهُ، أو زَجَرَهُ، حَنَثَ، سواء عَقَبَ هذا اليمين؛ مُتَّصِلاً، أم فَصَلاً؛ [١/١٢١٥] لأنه كَلَّمَهُ.

وقيل: لا يحنث إذا وَصَلَهُ؛ لأنَّ المقصود به تأكيد اليمين^(٢)، والصحيح: الأول.

(١) «الشامل»: لابن الصبّاغ، أبي نصر، عبد السيد بن محمد.

(٢) في (ظ) زيادة: «الأول».

ولو كتب إليه كتاباً، أو أرسلَ رسولاً، فقولان.

الجديد: لا يَحْنُثُ، ومنهم مَنْ قَطَعَ به.

وقيل: القديم: إنما هو إذا نوى بيمينه المكاتبة. وقيل: القولان في الغائب؛ فإن كان معه في المجلس، لم يَحْنُثْ قطعاً، والمذهب: طَرُدُهُما في كُلِّ الأحوال. ويجريان في الإشارة بالرأس والعين، ولا فرق - على الجديد - بين إشارة الأخرس، والناطق؛ وإنما أقيمت إشارة الأخرس في المعاملات مقامَ النطق للضرورة.

فَرَعٌ: هِجْرَانُ المسلم حرامٌ^(١) فوق ثلاثة أيام، فلو كاتبه أو راسله، فهل يزول الإثم؟ نظر:

إن كانت مواسلتُهما قبل الهِجْران بالمُكاتبة أو المراسلة، ارتفع الإثم، وإلاَّ فإن تعذَّر الكلامُ لغيبة أحدهما، فكذلك، وإلا، فوجهان؛ بناءً على القولين الجديد والقديم، حتَّى لو حلف: أن^(٢) يهاجره، فهل يَحْنُثُ بالمكاتبة والمراسلة؟ فيه هذا الخلاف. وأطلق ابن أبي هُريرة أنه يرتفعُ الإثمُ بالمكاتبة والمراسلة.

ثم لا يخفى أنَّ المكاتبة إنما ترفع الإثم إذا خَلَّتْ عن الإيذاء والإيحاء، وإلاَّ، فهو كما لو كلَّمه بالشَّتْم والإيذاء؛ فإنه لا تزولُ به المهاجرة؛ بل هو زيادةٌ وحشة، وتأكيْدٌ للمهاجرة، ولا يَحْنُثُ بمثل هذه المكاتبة إذا حلفَ على المهاجرة.

قلت: تحريمُ المهاجرة فوقَ ثلاثة أيام؛ إنما هو فيما إذا كانت المهاجرة لحُظوظ النفوس، وتعتُّباتِ أهل الدنيا، فأما إذا كان المهجورُ مبتدعاً، أو مجاهراً بالظلم، أو الفُسوق، فلا تحريمُ مُهاجرته أبداً، وكذا إذا كان في المهاجرة مصلحةٌ دينيَّة، فلا تحريم، وعلى هذا [يحمل] ما جرى للسلف من هذا النوع.

والأصحُّ أنه لا يزولُ التحريمُ بالمكاتبة والمراسلة، قال صاحب «البيان»^(٣): وينبغي أن تكون الإشارة والرمزُ كالمكاتبة كما قلنا في الحنث. والله أعلم.

(١) كلمة: «حرام» ساقطة من المطبوع.

(٢) في الأصول الخطية: «لا» بدل: «أن»، المثبت من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ٣٢٨ / ١٢).

(٣) انظر: (البيان: ١٠ / ٥٥٨).

فَزَعٌ: حَلَفَ: لَا يَكْلُمُهُ، ثُمَّ سَلَّمَ عَلَيْهِ، حَنِثَ؛ لِأَنَّ السَّلَامَ كَلَامٌ. وَإِنْ سَلَّمَ^(١) عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ؛ فَإِنْ قَصَدَهُ بِالسَّلَامِ، حَنِثَ. قَالَ فِي «الْبَيَانِ»^(٢): وَيَجِيءُ أَنْ لَا يَحْنُثَ عَلَى قَوْلٍ مَنْ قَالَ: إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ السَّمْنَ، فَأَكَلَهُ مَعَ غَيْرِهِ: لَا يَحْنُثُ.

وَإِنْ اسْتَنَاهُ^(٣) لَفْظًا، لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ اسْتَنَاهُ بِالنِّيَّةِ، لَمْ يَحْنُثْ أَيْضًا عَلَى الْمَذْهَبِ. وَإِنْ أَطْلَقَ، حَنِثَ عَلَى الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ سَلَّمَ مِنْ صَلَاتِهِ، وَالْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ مِنَ الْمَأْمُومِينَ، فَفِيهِ هَذَا التَّفْصِيلُ.

وَلَوْ صَلَّى الْحَالِفُ خَلْفَ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ، فَسَبَّحَ لِسَهْوِهِ، أَوْ فَتَحَ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةَ، لَمْ يَحْنُثْ.

وَلَوْ قَرَأَ آيَةً، فَهَمَّ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ مِنْهَا مَقْصُودَةً؛ فَإِنْ قَصَدَ الْقِرَاءَةَ، لَمْ يَحْنُثْ، وَإِلَّا، فَيَحْنُثُ.

المسألة الثانية: حَلَفَ: لَا يَتَكَلَّمُ، يَحْنُثُ^(٤) بِتَرْدِيدِ الشَّعْرِ مَعَ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ الشَّعْرَ كَلَامٌ، وَلَا يَحْنُثُ بِالتَّسْبِيحِ، وَالتَّهْلِيلِ، وَالتَّكْبِيرِ، وَالدُّعَاءِ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْكَلَامِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَى كَلَامِ الْآدَمِيِّينَ فِي مُحَاوَرَاتِهِمْ.

وَقِيلَ: يَحْنُثُ؛ لِأَنَّهُ يَبَاحُ لِلْجُنْبِ، فَهُوَ كَسَائِرِ الْكَلَامِ، وَلَا يَحْنُثُ بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ.

قُلْتُ: قَالَ الْقَقَالُ^(٥) فِي «شَرْحِ التَّلْخِيصِ»: [١٢١٥ / ب] لَوْ قَرَأَ التَّوْرَةَ الْمَوْجُودَةَ الْيَوْمَ، لَمْ يَحْنُثْ؛ لِأَنَّا نَشْكُ أَنَّ الَّذِي قَرَأَهُ مُبَدَّلٌ، أَمْ لَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الثالثة: حَلَفَ: لِيُثْنِينَ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى أَحْسَنَ الثَّنَاءِ، فَطَرِيقُ الْبَرِّ أَنْ يَقُولَ: لَا أَحْصِي ثَنَاءً عَلَيْكَ أَنْتَ كَمَا أَثْنَيْتَ عَلَى نَفْسِكَ.

زَادَ إِبْرَاهِيمُ الْمَرْوُذِيُّ^(٦) فِي آخِرِهِ: فَلَكَ الْحَمْدُ حَتَّى تَرْضَى.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَأَنْ يَسْلَمَ»، الْمَثْبُتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٣٢٩).

(٢) انْظُرْ: (الْبَيَانُ: ١٠ / ٥٥٨).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «اسْتَنَى»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٣٢٩).

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «حَنْثٌ».

(٥) هُوَ الصَّغِيرُ، عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ الْمَرْوُذِيُّ.

(٦) فِي الْمَطْبُوعِ: «الْمَرْوُزِيُّ»، تَحْرِيفٌ.

وصور المتوَلَّى المسأَلَة فيما لو قال : لِأُثْنِيَنَّ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى بِأَجَلٍ الثَّناء ، أو أعْظِمُهُ ، وزادَ في أولِ الذِّكر : سُبْحانَكَ .

ولو قال : لأَحْمَدَنَّ اللَّهَ تَعَالَى بِمَجَامِعِ الْحَمْدِ ، وقال المتوَلَّى : بِأَجَلٍ التَّحَامِيدِ ، فطريقُ البرِّ أَنْ يَقُولَ : الْحَمْدُ لِلَّهِ حَمْدًا يُوَافِي نِعْمَهُ ، وَيَكْفِي مُزِيدَهُ .

ولو قال : لِأُصَلِّيَنَّ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ أَفْضَلَ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ ، فطريقُ البرِّ أَنْ يَقُولَ : اللَّهُمَّ ! صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ ، كُلَّمَا ذَكَرَهُ الذَّاكِرُونَ ، وَكَلَّمَا سَهَا عَنْهُ ^(١) الْغَافِلُونَ . ذَكَرَهُ إِبْرَاهِيمُ الْمَرْوُذِيُّ .

قلتُ: أَمَّا الصُّورَتَانِ الْأُولَيَانِ ، فَذَكَرَهُمَا جَمَاعَةٌ مِنْ مُتَأَخِّرِي الْخُرَاسَانِيِّينَ ، وَلَيْسَ لَهُمَا دَلِيلٌ يَعْتَمَدُ . وَمَعْنَى : « يُوَافِي نِعْمَهُ » أَيُ : يُلَاقِيهَا ، فَتَحْصُلُ مَعَهُ ، « وَيَكْفِي مُزِيدَهُ » بِهَمْزَةٍ فِي آخِرِهِ ، أَيُ : يَسَاوِي مُزِيدَ نِعْمِهِ ، وَمَعْنَاهُ : يَقُومُ بِشُكْرِ ^(٢) مَا زَادَ مِنَ النِّعَمِ وَالْإِحْسَانِ .

وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَدْ ذَكَرَهَا عَنْ إِبْرَاهِيمَ الْمَرْوُذِيِّ ^(٣) وَحْدَهُ ، وَقَدْ يَسْتَأْنِسُ لِذَلِكَ ، بِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ يَسْتَعْمَلُ هَذِهِ الْعِبَارَةَ ، وَلَعَلَّهُ أَوَّلُ مَنْ اسْتَعْمَلَهَا ، وَلَكِنَّ الصَّوَابَ وَالَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يَجْزَمَ بِهِ أَنَّ أَفْضَلَهُ ^(٤) مَا يُقَالُ عَقِبَ ^(٥) التَّشَهُّدِ فِي الصَّلَاةِ : « اللَّهُمَّ ! صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ » إِلَى آخِرِهِ ، فَقَدْ ثَبَتَ فِي الصَّحِيحِ أَنَّهُمْ قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ! كَيْفَ نَصَلِّيُ عَلَيْكَ ؟ فَقَالَ : « قُولُوا : اللَّهُمَّ ! صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ ^(٦) » إِلَى آخِرِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصلٌ: حَلْفٌ : لَا يَصَلِّي ، فَهَلْ يَحْنُثُ بِالتَّحَرُّمِ بِالصَّلَاةِ ، أَمْ لَا يَحْنُثُ حَتَّى يَرْكَعَ ، أَمْ حَتَّى يَفْرُغَ مِنَ الصَّلَاةِ ؟ فِيهِ أَوْجُهُ .

(١) فِي الْمَطْبُوعِ : « عَنْ ذِكْرِهِ » بَدَلَ : « عَنْهُ » .

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ : « لَشُكْرِهِ » ، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (أَذْكَارِ الْمُصَنِّفِ ص : ١٥٧) بِتَحْقِيقِي .

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ : « الْمَرْوُزِي » ، تَحْرِيفٌ .

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ : « أَفْضَلُ » .

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ : « عَقِيبُ » .

(٦) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ (٤٠٥) مِنْ حَدِيثِ أَبِي مَسْعُودٍ الْبَذَرِيِّ ، عُقْبَةُ بْنُ عَمْرٍو . وَانْظُرْ : (جَامِعُ الْأَصُولِ :

أصلُها: الأول، فلو أفسدها بعد الشروع، حَنَثَ عَلَى الأول، ولا يَحْنُثُ عَلَى الثالث، ولا عَلَى الثاني، إِنْ لم يكن رَكَعَ، ولا يَجِيءُ الثاني إِذَا صَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ. ولو أَحْرَمَ مع إِخْلَالِهِ ببعض الشروط، لم يَحْنُثْ؛ لأنَّه لم يُصَلِّ؛ لَعَدَمِ انْعِقَادِهَا. ولو حَلَفَ: مَا صَلَّيْتُ، وَقَدْ أَتَى بِصُورَةٍ صَلَاةٍ فَاسِدَةٍ، لم يَحْنُثْ. ولو لم يَجِدْ مَاءً وَلَا تَرَابًا، وَصَلَّى، حَنَثَ؛ لِأَنَّهَا صَلَاةٌ إِلَّا أَنْ يَرِيدَ الصَّلَاةَ الْمَجْزُوءَةَ.

ولو قال: لا أصلي صلاةً، لا يَحْنُثُ حَتَّى يَفْرُغَ.

قلتُ: وينبغي أَنْ لا يَحْنُثَ بِسُجُودِ الشُّكْرِ، وَالتَّلَاوَةِ، وَالتَّوَاتُفِ، وَيَحْنُثُ بِالصَّلَاةِ بِالْإِيمَاءِ، حَيْثُ يُحْكَمُ بِصَحَّتِهَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ولو حَلَفَ: لا يصومُ، فَهَلْ يَحْنُثُ؛ بَأَنْ يَصْبِحَ صَائِمًا، أَوْ بَأَنْ يَنْوِيَ صَوْمَ التَّطَوُّعِ قَبْلَ الزَّوَالِ، أَمْ لا يَحْنُثُ حَتَّى يَتِمَّ؟ فِيهِ الْخِلَافُ. وَإِذَا قُلْنَا: لا يَحْنُثُ إِلَّا بِالْفِرَاقِ، فَهَلْ نَتَبَيَّنُ اسْتِنَادَ الْحَنْثِ إِلَى الْأَوَّلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قلتُ: وينبغي أَنْ يَكُونَ فِي الْحَجِّ الْخِلَافُ فِي أَنَّهُ يَحْنُثُ بِمَجَرَّدِ الْإِحْرَامِ، أَمْ بَعْدَ الْفِرَاقِ؟ وَعَلَى قِيَاسِ الثَّانِي فِي^(١) اشْتِرَاطِ الرُّكُوعِ؛ لَكُونِهِ مَعْظَمَ الرُّكْعَةِ، يَجِيءُ وَجْهٌ ثَالِثٌ بِاشْتِرَاطِ الْوُقُوفِ [١٢١٦ / أ] بِعَرَفَاتٍ.

وَأَمَّا الْاِعْتِكَافُ فَيَحْنُثُ بِمَجَرَّدِ نِيَّتِهِ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَجِيءَ خِلَافٌ فِي اشْتِرَاطِ سَاعَةٍ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ اِعْتِكَافٌ لِحِظَةٍ.

ولو حَلَفَ: لا يقرأ، حَنَثَ بِمَا قَرَأَ، وَلَوْ بَعْضَ آيَةٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

النَّوعُ السَّادِسُ: فِي تَأْخِيرِ الْحَنْثِ وَتَقْدِيمِهِ :

وفيه مسائل:

إحداها: حَلَفَ: لِيَأْكُلَنَّ هَذَا الطَّعَامَ غَدًا، فَلَا يَخْفَى الْبُرُّ، إِنْ أَكَلَهُ^(٢) غَدًا، وَالْحَنْثُ إِنْ أَخَّرَهُ عَنِ الْغَدِ مَعَ الْإِمْكَانِ. فَلَوْ تَلَفَ الطَّعَامُ قَبْلَ الْغَدِ بِنَفْسِهِ، أَوْ بِتَلَافٍ

(١) كلمة: « في » ساقطة من (أ).

(٢) في المطبوع: « أكل » خطأ.

أجنبي، فقد فات البرُّ بغير اختياره، فيخرجُ حنْثُهُ على قولِي المكره، والأظهر: أنه لا يحنْثُ. ويقالُ: إنه المنصوصُ؛ فإن قلنا: يَحْنُثُ، فهل يَحْنُثُ في الحال؛ لحصول^(١) اليأس، أم بعدَ مجيء الغدِ؟ فيه قولان، أو وجهان، فقطعَ ابنُ كَجٍّ بالثاني.

قال المُتَوَلَّى: وفائدةُ الخلافِ: أنه لو كان معسراً يكفِّر بالصوم، جازَ أن ينوي صومَ الغد عن كفَّارته إن قلنا: يحنْثُ قبل الغد.

قلتُ: ومن فوائده: لو مات الحالف قبل مجيء الغد، أو أعسرَ، وقلنا: يعتبرُ في الكفارة حالَ الوجوب. والله أعلم.

وإن قلنا: لا يحنْثُ قبلَ مجيء الغد، فهل يحنْثُ إذا مَضَى من الغدِ زمنٌ إمكانِ الأكل، أم قُبيل غروبِ الشمس؟ وجهان. قال البغويُّ: أصحُّهما: الأول.

ولو مات الحالف قبلَ مجيء الغد، فقل: هو كتلفُ الطعام، فيكون على الخلاف، والمذهبُ: القطعُ بأنَّ لا حنْثَ، وهو الذي يقتضيه^(٢) كلامُ ابنِ كَجٍّ والبغويِّ، وغيرِهما؛ لأنه لم يبلغْ زمنَ البرِّ والحنْثِ.

ولو مات بعدَ مجيء الغد، وقبل إمكانِ الأكل، فهو كتلفُ الطعام بعدَ مجيء الغد على ما سنذكره إن شاء الله تعالى من التفصيل، وقطع المُتَوَلَّى بأنَّ لا حنْثَ.

أما إذا تلفَ الطعامُ أو بعضُه بعدَ مجيء الغد، فينظرُ:

إن كان قبلَ التمكن من الأكل، فهو كتلفُ الطعام قبلَ الغد، وفيه الخلافُ. وإن تلفَ بعدَ التمكن، أو مات الحالف بعدَ التمكن، فالمذهبُ الحنْثُ؛ لأنه تمكَّن من البرِّ فصار كما لو قال: لآكلنَّ هذا الطعامَ، وتمكَّن من أكْله، فلم يأكلْهُ حتَّى تلفَ؛ فإنه يحنْثُ قطعاً. فعلى هذا: هل يحنْثُ في الحال، أم قُبيل^(٣) غروبِ الشمس؟ فيه الوجهان.

ولو أتلَفَ الحالفُ الطعامَ قبلَ الغد؛ بأكله، أو بغيره، أو أتلَفَ بعضه، حنْثَ،

(١) في المطبوع: «الحصول».

(٢) في المطبوع: «يقتضي».

(٣) في المطبوع: «قبل».

وهل يحنث في الحال، أم بعد مجيء الغد؟ فيه الخلاف، كما لو تلف.

ولو قال: لآكلن هذا الطعام قبل غد، فتلف قبل الغد وبعد التمكّن، حنث. وهل يكون حنثه في الحال، أم إذا جاء أول الغد؟ وجهان، حكاهما الصيّد لاني.

ولو قال: لآكلنّه اليوم، فيقاس بما ذكرناه في الغد.

الثانية: قال: وألله! لأقضيّن حقك، ومات قبل القضاء، نُظِرَ:

إن تمكّن من القضاء، فلم يفعل، حنث. وإن مات قبل التمكّن، فعلى قولي الإكراه، كذا نقله البعوي، والمرؤذي^(١)، وغيرهما، وقطع المتولّي بأنه لا يحنث.

ولو قال: لأقضيّن حقك غداً، ومات قبل مجيء الغد، أو بعد مجيئه، وقبل التمكّن، فمَنْ أثبت القولين إذا لم يُقَيّد بالغد، أثبتهما هنا، ومَنْ قطع بالمنع، قطع بالمنع هنا أيضاً.

ولو مات بعد التمكّن جاء الطريقان [١٢١٦ / ب] المذكوران في مسألة الطعام.

وموت صاحب الحق، لا يقتضي الحنث، لا عند الإطلاق، ولا عند التقيد بالغد؛ لإمكان القضاء بالدفع إلى الورثة.

ولو قال: لأقضيّنك حقك غداً، فهو كقوله: لآكلن هذا الطعام غداً، فطريق البر والحنث ظاهر، وموت صاحب الحق - هنا - كتلف الطعام؛ فإن مات قبل مجيء الغد، أو بعده وقبل التمكّن [من القضاء]، فعلى قولي الإكراه، وإن مات بعد التمكّن، ففيه الطريقان السابقان. فإن حنثناه، فهل يحنث في الحال، أم بعد مجيء الغد؟ فيه القولان.

وموت الحالف والحالة هذه قبل مجيء الغد وبعده على ما ذكرنا في مسألة الطعام؛ فإن حنثناه، فلا يستبعد كون وقت الحنث دخل وهو ميت؛ لأن السبب هو اليمين، وكانت في الحياة، وهو كما لو حفر بئراً متعدياً، فتلف بها إنسان بعد موته، يجب الضمان والكفارة في ماله. وإن قضاؤه قبل مجيء الغد، فقد فوت البر، فيحنث إلا أن يريد أنه لا يؤخر القضاء عن الغد، وهو كإتلاف الطعام قبل الغد.

ولو أبرأه صاحبُ الحقِّ في هذه الصور؛ فإن قلنا: الإبراء يحتاجُ إلى القبولِ، فقيلَ، حنثٌ؛ لتفويته البرَّ باختياره، إلا أن يريد باليمين: لا يمضي الغد، وحقُّه باقٍ عليه. وإن لم يقبلَ، لم يحنثَ؛ لبقاء الحقِّ عليه، وإمكانِ قضائه.

وإن قلنا: لا يحتاجُ الإبراءُ إلى قبولٍ، سقط الدَّيْنُ. وفي الحنثِ قولاً الإكراه؛ لفواتِ البرِّ بغير اختياره.

والهبةُ في العين، والصلحُ عن الدَّيْنِ، كالإبراءِ، إذا قلنا: إنه يحتاجُ إلى القبولِ.

ولو قال: لأقضيَنَّ حقَّك غداً إلا أن تشاء أن أوخره؛ فإن قضاؤه غداً، برَّ، سواء شاءَ صاحبُ الحقِّ، أم لا. وإن لم يقضه في الغد، فإن شاءَ صاحبُ الحقِّ^(١) تأخيرَه قبل مُضيِّ الغدِ، لم يحنثَ، وإن لم يشأْ، حنثَ. وكذا لو قال: إلا أن يشاءَ زيدٌ أن أوخره، إلا أنه إذا ماتَ صاحبُ الحقِّ قبلَ مجيء الغدِ، فالحنثُ على قولي الإكراه. وإن مات بعده وبعدَ التمكن، ففيه الطريقان.

وإن مات زيدٌ قبلَ الغدِ، أو في أثناؤه، ولم يعلمَ مشيئته، لم يحنثَ في الحال؛ لإمكانِ القضاءِ بعد موته، فإذا غربتِ الشمسُ ولم يقضِ، حنثَ حينئذٍ.

ولو قال: لأقضيَنَّ حقَّك إلى الغدِ إلا أن تشاءَ تأخيرَه، فينبغي أن يقدمَ القضاءَ على طلوعِ الفجرِ من الغدِ؛ فإن لم يفعلْ، ولم يشأْ صاحبُ الحقِّ تأخيرَه، حنثَ. فزَعُ حلف: ليطلقنَّ زوجته غداً، فطلقها اليومَ، نُظِرَ:

إن لم يستوفِ الثلاثَ، فالبرُّ ممكن، وإن استوفاه، فقد فوّتَ البرَّ، فيحنثَ، وكذا لو كان عليه صلاةٌ عن نذرٍ، فحلف ليصلينها غداً، فصلاها اليومَ، حنثَ.

الثالثة: قال: لأقضيَنَّ حقَّك عند رأسِ الهلالِ، أو مع رأسِ الهلالِ، أو عند الاستهلالِ، أو مع رأسِ هلالٍ^(٢) الشهر، فهذه الألفاظُ تقعُ على أولِ جزءٍ من الليلة الأولى من الشهر، ولفظتا (عند)، و(مع) تقتضيان المقارنة. فإن قضاؤه قبل ذلك، أو بعده، حنثَ، فينبغي أن يُعَدَّ المالَ، ويطرصدَ ذلك الوقتَ، فيقضيه فيه،

(١) في المطبوع: «صاحبه» بدل: «صاحب الحق».

(٢) كلمة: «هلال» ليست في المطبوع، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٣٤).

وحكى [١٢١٧ / أ] الإمام^(١)، والغزالي وجهاً: أَنَّ له فُسْحَةً^(٢) في الليلة الأولى ويومها؛ لأنَّ اسمَ رأسِ الهلالِ والشهر يقعُ عليهما، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا أخذَ في الكيل، أو الوزن عند رؤية الهلال، وتأخَّر الفراغُ؛ لكثرة المال، لم يَحْنُثْ، وبمثلِه أُجيبَ فيما لو ابتدأ حينئذٍ بأسبابِ القضاء ومقدماته، كَحَمْل الميزان.

ولو أَخَّرَ القضاء عن الليلة الأولى؛ للشكِّ في الهلال، فبان كونُها من الشهر، ففي الحِنْثِ قولاً حِنْثِ النَّاسِي والجاهلِ.

ولو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ أولَ الشهر، فهو كقولِه: [عند رأسِ الشهرِ.

ولو قال: أولَ اليوم، فينبغي أَنْ يشتغلَ بالقضاءِ عندَ طلوعِ الفجرِ.

ولو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ^(٣) إلى رأسِ الشهرِ، أو إلى رمضانَ، فالأصحُّ أنه يشترطُ تقديمَ القضاءِ على رأسِ الشهرِ، وعلى رمضانَ.

وقيل: هو كقولِه: عند رأسِ الشهرِ.

فَرَعٌ: لو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ إلى حين، لم يختصَّ ذلك بزمانٍ مُقَدَّرٍ؛ بل يقعُ على القليل والكثير، كما سبق في « كتاب الطلاق » فيكون كقولِه: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ، فمَتَى قضاؤه، بَرَّ، وَإِنَّمَا يَحْنُثُ إذا مات قبل القضاءِ مع التمكن.

ولو قال: إلى زمانٍ، أو دهرٍ، أو حُقْبٍ، أو أحقابٍ، فكذلك، وجميعُ العُمُر مهلةٌ له.

ولو قال: لا أَكَلِّمُكَ حيناً، أو دهرًا، أو زماناً، أو حُقْباً، بَرَّ بأدنى زمانٍ.

ولو قال: أنتِ طالقٌ بعد حينٍ، طَلَقْتَ إذا مضى لحظةٌ. والفرقُ أَنَّ قولَه: « طالقٌ بعد حين » تعليقٌ، فيتعلَّقُ بأولِ ما يُسَمَّى حيناً. وقولُه: (لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ) وُعْدٌ، والوعد لا يختصُّ بأولِ ما يقعُ عليه الاسمُ.

ولو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ إلى مدة قرييةٍ، أو بعيدةٍ، لم يتقدَّرَ أيضاً، وهو

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٧١).

(٢) في المطبوع، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٧٢): « فسحه ».

(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

كالحين. ولو قال: إلى أيام، فوجهان. قال القاضي أبو الطيب، والصيدلاني، والبغوي^(١)، وغيرهم: يحمل على ثلاثة أيام إذا لم يكن نية. وقال آخرون، منهم المحاملي: هو كالحين؛ لأنه يقع على القليل والكثير، يقال: أيام العدل، وأيام الفتنة، فلا يتقدر.

قلت: الأول أصح؛ لأنه المفهوم عند الإطلاق. وأما أيام الفتنة ونحوه، فتخرج بالقرينة. والله أعلم.

النوع السابغ: في الخصومات ونحوها:

وفيه مسائل:

إحداها: حلف: لا يرى منكراً^(٢) إلا رفعه إلى القاضي، فله أحوال.

إحداها: أن يعين القاضي فيقول: إلى القاضي فلان، فإذا رأى منكراً، لا يلزمه المبادرة بالرفع^(٣) إليه؛ بل له مهلة مدة عمره وعمر القاضي، فمتى رفعه إليه، بر. ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر؛ بل يكفي أن يحضر وحده عند القاضي، ويخبره أو يكتب إليه^(٤) أو يرسل رسلاً بذلك فيخبره، أو يكتب به كتاباً إليه، فإن لم يرفعه إليه حتى مات أحدهما بعد التمكن، حيث، فإن لم يتمكن من الرفع، لمرض، أو حبس، أو جاء إلى باب القاضي فحجب، ففيه قولاً حث المكر.

ولو بادر بالرفع، فمات القاضي قبل وصوله إليه فطريقان.

قال الشيخ أبو حامد: فيه القولان.

وقال أبو إسحاق، والقاضي أبو الطيب: لا يحث قطعاً، وهو المذهب؛ لأنه لم يتمكن.

ولو مات الحالف في صورة المبادرة قبل وصوله إلى القاضي، قال المتولي:

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣٨).

(٢) المنكر: هو ما خالف الشرع، والدين وأنكره الناس (النظم المستعذب: ٢ / ١٣٨).

(٣) في المطبوع: « بالدفع ».

(٤) في المطبوع زيادة: « بذلك ».

لا كَفَّارَةَ بلا خلاف . فلو عُزِّلَ ذلك القاضي ، فإن كان نيَّتهُ أن يرفعَ إليه وهو قاضي ، أو تلفَّظَ به لم يَبْرَ بالرفع إليه [١٢١٧ / ب] وهو معزولٌ ، ولا يَحْنُثُ . وإن كان تمكَّنَ ؛ لأنه ربَّما ولي ثانياً ، واليمينُ على التراخي ؛ فإن مات أحدهما قبل أن يُوكَلَى ، تبيَّن الحنْثُ . وإن نوى غير ذلك القاضي ، وذكر القضاء ؛ تعريضاً له ، بَرَّ بالرفعِ إليه وهو معزولٌ . وإن أطلق ، فهل يَبْرُ بالرفعِ إليه ، وهو معزولٌ ؟ وجهان .

أصْحُهُما: نَعَمْ ، كما لو قال : لا أدخلُ دارَ زيد هذه ، فباعها ؛ فإنه يَحْنُثُ [به] ^(١) تغليباً للعين ، فلا يَحْنُثُ - هنا - تغليباً للعين .

الثانية: أن يقول : إلَّا رفعتُهُ إلى قاضي ، فَيَبْرُ بالرفعِ إلى أيِّ قاضي كان في ذلك البلد ، وغيره .

الثالثة: يقول : إلَّا رفعتُهُ إلى القاضي ، ولا يعيَّنُ أحداً بلفظه ، ولا بنيَّته ، فهل يختصُّ بقاضي البلد ؟ وجهان .

أحدهما: لا ؛ بل يَبْرُ بالرفعِ إلى أيِّ قاضي كان ، والصحيحُ اختصاصُ بقاضي البلد ؛ حملاً له على المعهود . وهل يتعيَّنُ قاضي البلد في الحال ؛ لأنه المعهود ، أم يقومُ مقامُهُ مَنْ ينصبُّ بعده ؟ وجهان ، ويقال : قولان .

أصْحُهُما: الثاني ، حتَّى لو عُزِّلَ الأول ووليَّ غيره ، يَبْرُ بالرفعِ إلى الثاني دون الأول . فإذا قلنا : يتعيَّنُ قاضي البلد في الحال ، فالحكمُ كما ذكرنا في الحالة الأولى ، وعلى هذا الوجه : هل الاعتبارُ بحال اليمين ، أم بحالِ رؤية المنكر ؟ وجهان .
أصْحُهُما: الأول .

ولو كان في البلد قاضيان ، وجوَّزناه ، فيرفعُ إلى من شاء منهما .

ولو رأى المنكرَ بينَ يَدَي القاضي المرفوعِ إليه ، قال في « الوسيط » : لا معنى للرفعِ إليه ، وهو يشاهده .

وقال المتولَّى : إنما يحصلُ البرُّ بأن يخبره به .

ولو رأى المنكرَ بعد إطلاع القاضي عليه ، فوجهان .

أحدهما: أنه فاتَ البرُّ بغير اختيارِهِ، فيكون على القولين .

وأصحُّهما وبه أجاب البغوي^(١) : أنه يَبْرُّ بالإخبارِ .

وصورة الرفع ، وفي^(٢) الأحوال الثلاثِ : لو^(٣) لم ير الحالفُ منكراً حتَّى ماتَ ، فلا شيءَ عليه .

وفي حالِ تعيينِ القاضي ، لو^(٤) لم يَرِ منكراً حتَّى ماتَ القاضي ، فكذلك لا شيءَ عليه .

ولو رآه بعد عَزْلِهِ؛ فإنْ نوى الرفعَ إليه في حال القضاء ، فلا شيءَ عليه . وإنْ قصدَ عينَهُ، فَلْيُخْبِرْهُ .

ولو حلفَ : لا يرفعُ مُنْكَراً إلى القاضي فلانٍ ، حَنِثَ بالرفعِ إليه ، وهو قاضٍ . فلو رفعَ بعد العَزْلِ ، عاد التفصيلُ المذكورُ . وإنْ قال : إلى القاضي ، فهل يُحْمَلُ على قاضي البلد حينئذٍ ، أم يحنثُ بالرفعِ إلى مَنْ ينصبُ بعد عَزْلِهِ ؟ فيه الخلافُ السابقُ .

المسألة الثانية: حلفَ : لا يفارقُ غريمَهُ حتَّى يستوفي حَقَّهُ منه ، ففي المسألة نظرانِ :

أحدهما: في حقيقةِ المفارقةِ ، والقولُ فيها على ما سبقَ في افتراقِ المتبايعين عن المجلسِ ، والرجوعِ إلى العادةِ ؛ فإنْ فارقه الحالفُ قبلَ الاستيفاءِ مُختاراً ، حَنِثَ ، وإنْ كان ناسياً أو مُكرهاً ، فعلى القولينِ [في الناسي والمُكره . ولو فارقه الغريمُ وفر منه ، فقليل قولان كالمكره ، والمذهب القطع] بأنه لا يحنثُ ، سواءً تمكَّن من التعلُّقِ به ومنعِهِ ، أو مِنْ مُتابعتِهِ ، أم لا ؛ بل لو كانت مفارقتهُ بإذنِ الحالفِ ، لم يَحْنَثْ ؛ لأنه حلفَ على فعلٍ نفسِهِ ، فلا يحنثُ بفعلِ الغريمِ .

وقال ابنُ كَـجٍّ : يَحْنَثُ إِنْ أَذِنَ لَهُ .

وقال الصَّيدلانيُّ : يَحْنَثُ إِنْ أَمَكَنَهُ مَنَعُهُ فلم يفعلَ .

(١) انظر : (التهذيب : ٨ / ١٤٤) .

(٢) في المطبوع : « في » بدون « الواو » .

(٣) في المطبوع : « ولو » . « الواو » مقحمة .

(٤) في المطبوع : « ولو » . « الواو » مقحمة .

وقال القاضي حُسين: يَحْنُثُ إِنْ أَمَكَهَ متابعُهُ؛ لأنه بالمقام مُفَارِقٌ [١٢١٨ / ١]، والصحيح. الأول.

ولو كانا يتماشيان، فمشى الغريم، ووقف الحالف، فذكر الغزالي أنه لا يَحْنُثُ؛ لأن المفارقة حصلت بحركة الغريم، لا بسكون الحالف، والصحيح الذي أجاب به القاضي حُسين وصاحبه: المُتَوَلَّى، والبُعُوِّي؛ أنه إذا مضى أحدهما في مشيه، ووقف الآخر، حِنْثٌ^(١) الحالف؛ لأنه إِنْ وَقَفَ الغريم، فقد فارقه الحالف بَمَشْيِهِ، وَإِنْ وَقَفَ الحالف فقد فارقه بالوقوف؛ لأن الحادث هو الوقوف، فنسب المفارقة إليه بخلاف ما إذا كانا ساكنين، فابتدأ الغريم بالمشي؛ لأن الحادث هناك المشي.

وحيث قلنا: لا يَحْنُثُ بمفارقة الغريم. فلو فارق الحالف مكانه بعد ذلك، لم يَحْنُثُ. أما إذا قال: لا تفارقني حتَّى أَسْتَوْفِيَ منك حَقِّي، أو حتَّى تُوفيني حَقِّي، فاليمين منعقدة على فعل الغريم؛ فإن فارقه الغريم مختاراً، حِنْثُ الحالف، سواء كانت مفارقتُهُ بإذنه، أم دون إذنه.

وقيل: إِنْ فَرَّ منه، ففي حِنْثِهِ القولان في المُكره، والمذهب: الأول؛ لأنَّ اليمينَ على فعله، وهو مختارٌ في الفرار. فإن فارقه ناسياً، أو مُكرهاً، خُرَجَ الحِنْثُ على القولين. ونقل البغوي^(٢) طريقاً قاطعاً بالحِنْثِ، وأنَّ الاختيار إنما يعتبر في فعل الحالف، والمذهب: الأول.

ولو فَرَّ الحالف من الغريم، لم يَحْنُثْ، ويجيء وجهه: أنه إِنْ أَمَكَنَ الغريم متابعته فلم يفعل، حِنْثٌ.

ولو قال: لا افترقنا أنا وأنتَ حتَّى أَسْتَوْفِيَ، أو لا تفرق لا أنا ولا أنتَ حتَّى أَسْتَوْفِيَ، فاليمينُ على فعل كُلِّ منهما، فأَيُّهما فارق الآخرَ مختاراً، حِنْثُ الحالف، فإن فارق ناسياً أو مُكرهاً، ففيه الخلاف.

ولو قال: لا افترقنا حتَّى أَسْتَوْفِيَ، أو لا تفرق، فوجهان.

(١) في (أ)، والمطبوع: « لا حِنْث ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٣٩).

أحدهما: لا يَحْنُثُ حَتَّى يَفَارِقَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْآخَرَ.

وَأَصْحُهُمَا: يَحْنُثُ بِمَفَارِقَةِ أَحَدِهِمَا الْآخَرَ؛ لِأَنَّهُ يُقَالُ: افْتَرَقَا.

النظر^(١) الثاني: فِي اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ، فَإِذَا قَالَ: لَا أَفَارِقُكَ حَتَّى أَسْتَوْفِيَ حَقِّي مِنْكَ، ثُمَّ أَبْرَاهُ وَفَارَقَهُ، حَنِثَ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ الْبِرَّ بِاخْتِيَارِهِ، وَهَلْ يَحْكُمُ بِالْحَنْثِ بِنَفْسِ الْإِبْرَاءِ، أَمْ بَعْدَ الْمَفَارِقَةِ؟ يَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فِي نِظَائِرِهِ.

وَلَوْ أَفْلَسَ الْغَرِيمُ، فَمَنَعَهُ الْحَاكِمُ مِنْ مَلَازِمَتِهِ ففَارَقَهُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ حَنِثَ الْمُكْرَهُ. وَإِنْ فَارَقَهُ بِاخْتِيَارِهِ، حَنِثَ. وَإِنْ كَانَ^(٢) تَرْكُهُ وَاجِبًا، كَمَا لَوْ قَالَ: لَا أَصْلِي الْفَرَضَ، فَصَلَّى^(٣)، حَنِثَ.

وَلَوْ أَحَالَهُ الْغَرِيمُ عَلَى رَجُلٍ، أَوْ أَحَالَ هُوَ عَلَى الْغَرِيمِ غَرِيمًا لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ، ثُمَّ فَارَقَهُ، فَطَرِيقَانِ.

أحدهما: الْبِنَاءُ عَلَى أَنَّ الْحَوَالََةَ اسْتِيفَاءٌ أَمْ اعْتِيَاضٌ؟ إِنْ قُلْنَا: اسْتِيفَاءٌ، لَمْ يَحْنُثْ، وَالْمَذْهَبُ: الْقَطْعُ بِالْحَنْثِ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ اسْتِيفَاءٌ حَقِيقَةً، وَحَيْثُ جَعَلْنَاهَا اسْتِيفَاءً، فَمَعْنَاهُ أَنَّهَا كَالِاسْتِيفَاءِ فِي الْحُكْمِ؛ لَكِنْ لَوْ نَوَى أَنَّهُ لَا يَفَارِقُهُ وَعَلَيْهِ حَقٌّ^(٤)، لَمْ يَحْنُثْ.

وَلَوْ أَخَذَ عَوْضًا عَنْ حَقِّهِ، وَفَارَقَهُ، حَنِثَ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ مَا ذَكَرْنَا، وَسِوَاهُ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَوْضِ مِثْلَ حَقِّهِ، أَوْ أَقْلَ، أَوْ أَكْثَرَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ حَقَّهُ؛ وَإِنَّمَا اسْتَوْفَى بَدَلَهُ.

وَلَوْ^(٥) اسْتَوْفَى حَقَّهُ مِنْ وَكِيلِ الْغَرِيمِ، أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ تَبَرَّعَ بِهِ، وَفَارَقَهُ، حَنِثَ إِنْ كَانَ قَالَ: حَتَّى أَسْتَوْفِيَ حَقِّي مِنْكَ. وَلَا يَحْنُثُ إِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: حَتَّى أَسْتَوْفِيَ حَقِّي.

وَلَوْ اسْتَوْفَى [١٢١٨ / ب] ثُمَّ فَارَقَهُ، ثُمَّ وَجَدَ مَا اسْتَوْفَاهُ نَاقِصًا، لَمْ يَحْنُثْ إِنْ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « فِرْعَ النَّظَرُ... ».

(٢) فِي (ظ) زِيَادَةٌ: « مَا ».

(٣) قَوْلُهُ: « فَصَلَّى » سَاقِطٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: « حَقٌّ ».

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَإِنْ » بَدَلُ: « وَلَوْ ».

كَانَ مِنْ جَنْسِ حَقِّهِ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جَنْسِهِ؛ بَأَنَّ كَانَ حَقُّهُ الدَّرَاهِمَ، فَخَرَجَ الْمَأْخُودُ نَحَاسًا، أَوْ مَغْشُوشًا؛ فَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِالْحَالِ، حَنِثَ، وَإِلَّا، فَعَلَى قَوْلِي النَّاسِي وَالْجَاهِلِ.

فَرْعٌ: حَلَفَ الْغَرِيمُ: لِيَقْضِيَنَّ حَقَّهُ قَبْلَ أَنْ يَفَارِقَهُ، أَوْ لَا يَفَارِقُهُ حَتَّى يَقْضِيَ حَقَّهُ، فَالْقَوْلُ فِي مَفَارِقَتِهِ مُخْتَارًا أَوْ مُكْرَهًا، وَفِي الْحَوَالَةِ، وَالْمُصَالَحَةِ وَغَيْرِهَا عَلَى قِيَاسِ مَا سَبَقَ.

وَلَوْ حَلَفَ: لَا يُعْطِيهِ حَقَّهُ، فَأَعْطَاهُ مُكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا، فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ. وَلَوْ قَالَ: لَا يَأْخُذُ، وَلَا يَسْتَوْفِي، فَأَخَذَ، حَنِثَ، سِوَاءَ كَانَ الْمَعْطَى مُكْرَهًا، أَوْ مُخْتَارًا. فَلَوْ كَانَ الْآخِذُ مُكْرَهًا، فَفِيهِ الْخِلَافُ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: حَلَفَ عَلَى الضَّرْبِ، تَعَلَّقَتْ الْيَمِينُ بِمَا يُسَمَّى ضَرْبًا، وَلَا يَكْفِي وَضْعُ الْيَدِ وَالسَّوْطِ، وَرَفْعُهُمَا، وَلَا الْعَضُّ، وَالْقَرْصُ، وَنَتْفُ الشَّعْرِ.

وَفِي الْوَكْزِ^(١)، وَاللَّكْزِ^(٢)، وَاللَّطْمِ^(٣)، وَجِهَانِ: أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ ضَرْبٌ، وَلَا يَشْتَرُطُ الْإِيْلَامُ، وَلِهَذَا يُقَالُ: ضَرْبُهُ، وَلَمْ يُؤْلَمْهُ، بِخِلَافِ الْحَدِّ وَالتَّعْزِيرِ؛ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهِمَا الْإِيْلَامُ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهِمَا الزَّجْرُ، وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِإِيْلَامٍ؛ وَالْيَمِينُ تَتَعَلَّقُ بِالْأَسْمِ. وَحُكِيَ وَجْهُ ضَعِيفٌ أَنَّهُ يَشْتَرُطُ الْإِيْلَامُ، وَقَدْ سَبَقَ فِي «كِتَابِ الطَّلَاقِ».

قُلْتُ: وَلَوْ ضَرْبَ مَيْتًا، لَمْ يَحْنِثْ، وَلَوْ ضَرْبَ مُغَمًى عَلَيْهِ، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ سَكْرَانًا، حَنِثَ؛ لِأَنَّهُ مَحَلٌّ لِلضَّرْبِ، بِخِلَافِ الْمَيْتِ، ذَكَرَهُ الْمُتَوَلَّى. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَرْعٌ: حَلَفَ: لِيَضْرِبَنَّ عَبْدَهُ مِئَةَ خَشَبَةٍ، أَوْ لِيَجْلِدَنَّهُ مِئَةَ^(٤)؛ فَإِنْ شَدَّ مِئَةَ سَوْطٍ، وَضَرَبَهُ بِهَا، فَقَدْ وَفَّى بِمَوْجِبِ اللَّفْظِ، وَإِنْ ضَرَبَهُ بِعِشْكَالٍ عَلَيْهِ مِئَةُ شِمْرَاخٍ^(٥) ضَرْبَةً

(١) الْوَكْزُ: الضَّرْبُ بِالْيَدِ مَطْبَقَةً. وَقِيلَ: الْوَكْزُ: فِي جَمِيعِ الْجَسَدِ، وَاللَّكْزُ فِي الصَّدْرِ خَاصَّةً (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ١٠ / ٧٨)، وَانْظُرْ: (الْمَصْبَاحُ: وَكَ ز).

(٢) اللَّكْزُ: لَكَزَهُ لَكَزًا، مِنْ بَابِ قَتَلَ: ضَرَبَهُ بِجُمْعِ كَفِهِ فِي صَدْرِهِ، وَرَبَّمَا أَطْلَقَ عَلَى جَمِيعِ الْبَدَنِ (الْمَصْبَاحُ: ل ك ز).

(٣) اللَّطْمُ: الضَّرْبُ عَلَى الْوَجْهِ بِبَاطِنِ الرَّاحَةِ (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ١٠ / ٧٨).

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ زِيَادَةٌ: «سَوْطٌ»، لَيْسَتْ فِي الْأَصُولِ، وَلَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٣٤٠).

(٥) بَعِشْكَالٌ عَلَيْهِ مِئَةُ شِمْرَاخٍ: الْعِشْكَالُ: الْعِذْقُ مِنْ أَغْذَاقِ النَّخْلِ الَّتِي يَكُونُ فِيهِ الرُّطْبُ، وَهُوَ لِلنَّخْلِ كَالْعِنَقُودِ لِلْعِنَبِ، وَكُلُّ غَصْنٍ مِنْ أَغْصَانِ الْعِذْقِ: شِمْرَاخٌ.

واحدة، حَصَلَ الْبُرُّ إِنْ تَحَقَّقَ أَنَّ الْجَمِيعَ أَصَابَ بَدَنَهُ. وفي المراد بإصابة الجميع وجهان.

أصْحُهُمَا: أنه لا يشترط أن يلاقي جميعَ القضبانِ بدنه أو ملبوسه؛ بل يكفي أن ينكسَ بعضها على بعض، بحيث يناله ثَقُلُ الجميع، ولا يضرُّ كون البعض حائلاً بين بدنه وبين البعض، كالثياب وغيرها^(١)، ممَّا لا يمنع تأثر البشرة بالضرب.

والثاني: لا يكفي الانكباس؛ بل يُشترط ملاقة الجميع بدنه، أو ملبوسه، وإن تيقن أنه لم يصبه الجميع، لم يَبَرَّ. وإن شكَّ في ذلك، فالنصُّ أنه لا يحنث. ونصُّ أنه لو حَلَفَ: ليدخلنَّ الدارَ اليومَ إلَّا أن يشاء زيد، فلم يدخل، ومات زيد ولم يعلم: هل شاء، أم لا؟ أنه يَحْنُثُ، فقليل بتقرير النصين، والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس، وفي مسألة المشيئة لا أماره لها، والأصل عدمها.

وقيل: فيهما قولان. والمذهب: أنه لا يَحْنُثُ هنا، ويحنث في مسألة المشيئة.

قلت: هكذا صَوَّرَ الجمهورُ مسألة الخلاف فيما إذا شكَّ، وذكر الدارمي، وابن الصباغ، والمتولي: أنه إذا شكَّ، حنث؛ وإنما لا يَحْنُثُ على المنصوص إذا غلب على ظنه إصابة الجميع، وهذا حسن، لكن الأول أصح؛ لأن بعد هذا الضرب يُشكُّ^(٢) في الحنث، والأصل عدمه.

قال أصحابنا: وإذا قلنا: لا يَحْنُثُ، فالورع أن يُحْنِثَ نفسه، فيكفر عن يمينه. والله أعلم.

ولو حلف: ليضربته مئة [مرة] فضربه مرةً بالعُكَّال، أو بالمئة المشدودة [١٢١٩ / أ]، لم يَبَرَّ؛ لأنه لم يضره إلا مرةً.

ولو حلف: ليضربته مئة ضربة، لم يَبَرَّ أيضاً على الأصح.

ولو حلف: ليضربته بالسَّوط، لم يَبَرَّ بالعصا، والشَّماريخ؛ لأنه ليس بسوط.

ولو قال: مئة سوط، فالصحيح: أنه لا يَبَرُّ بعُكَّالٍ عليه مئة شِمْرَاخ، وإنما يَبَرُّ بأن يجمع مئة سوط، ويشدها، ويضربه بها دفعةً، أو خمسين، ويضربه

(١) في (ظ، أ): « وغيرهما »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٤١).

(٢) في المطبوع: « شك ».

بها^(١) دفعتين، أو سوطين ويضربه بهما خمسين مرة، بشرط أن يعلم إصابة الجميع على ما سبق.

وقيل: يَبْرُّ بِالْعِتْكَالِ، كما في لَفْظِ الْخَشْبَةِ.

فَصْلٌ: فِي حَنْثِ النَّاسِي وَالْجَاهِلِ وَالْمُكْرَهِ، فَإِذَا وَجَدَ الْقَوْلُ أَوْ الْفَعْلُ الْمَحْلُوفُ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْإِكْرَاهِ، أَوْ النِّسْيَانِ، أَوْ الْجَهْلِ، سَوَاءً كَانَ الْحَلْفُ بِاللَّهِ تَعَالَى، أَوْ بِالطَّلَاقِ، فَهَلْ يَحْنُثُ؟ قَوْلَانِ.

أَظْهَرُهُمَا: لَا يَحْنُثُ، وَمِمَّنْ صَحَّحَهُ أَبُو^(٢) حَامِدٍ: الْقَاضِي^(٣)، وَالشَّيْخُ^(٤)، وَابْنُ كَيْجٍ، وَالرُّؤْيَانِيُّ، وَغَيْرُهُمْ.

وَقَالَ ابْنُ سَلَمَةَ: لَا يَحْنُثُ^(٥) قَطْعاً.

وقيل: النَّاسِي أَوْلَى بِالْحَنْثِ مِنَ الْمَكْرَهِ.

وقيل: عَكْسُهُ.

وقيل: الْجَاهِلُ أَوْلَى بِالْحَنْثِ مِنَ النَّاسِي.

وَقَالَ الْقَفَّالُ: يَحْنُثُ فِي الطَّلَاقِ دُونَ الْيَمِينِ، وَهُوَ ضَعِيفٌ، فَالْمَذْهَبُ مَا سَبَقَ.

فَإِذَا قُلْنَا: لَا حَنْثَ، لَمْ تَنْحُلْ الْيَمِينُ عَلَى الْأَصَحِّ.

وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَدْخُلُ الدَّارَ طَائِعاً، وَلَا مُكْرَهاً، وَلَا نَاسِياً، حَنْثٌ مَعَ الْإِكْرَاهِ وَالنِّسْيَانِ.

وَلَوْ حَلَفَ: لَا يَدْخُلُ فَانْقَلَبَ فِي نَوْمِهِ، وَحَصَلَ فِي الدَّارِ، لَمْ يَحْنُثْ. وَلَوْ حُمِلَ قَهْرًا، وَأُدْخِلَ، فَقِيلَ: قَوْلَانِ، كَالْمَكْرَهِ، وَالْمَذْهَبُ: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَا يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ الْيَمِينِ عَلَى دُخُولِهِ، وَلَمْ يَدْخُلْ وَإِنَّمَا أُدْخِلَ؛ وَلِهَذَا لَا تَنْحُلُ الْيَمِينُ وَالْحَالَةُ هَذِهِ بِلَا خِلَافٍ.

(١) كلمة: « بها » ساقطة من المطبوع.

(٢) في (أ)، والمطبوع: « أبو »، المثبت هو الوجه.

(٣) أبو حامد القاضي: هو المَرْوُذِيُّ، أحمد بن بشر، سلفت ترجمته.

(٤) الشيخ: هو أبو حامد الإسفراييني، أحمد بن محمد، سلفت ترجمته.

(٥) في المطبوع: « لا حِنْث ».

ولو حُمِلَ بغير إذنه، لكن قَدَرَ عَلَى الامتناعِ، فلم يمتنع، لم يَحْنَثْ عَلَى الصحيح؛ لأنه لم يَدْخُلْ؛ بل أُدْخِلَ.

ولو حُمِلَ بأمره، حَنَثَ، كما لو ركب دابةً، ودَخَلَ.

واعلم: أنه لا فرق في أصل المسألة بين أن يَلْقَى عَلَى فِعْلِهِ أو فِعْلٍ غَيْرِهِ، فإذا وَجَدَ بِالْإِكْرَاهِ أو النسيانِ، ففيه الخلافُ، هذا هو المذهبُ، وفيه شيءٌ سبقَ في مسألة الحَلْفِ عَلَى مُفَارَقَةِ الْغَرِيمِ.

ومن صُورِ الْفِعْلِ جَاهِلًا: أَنْ يَدْخُلَ دَارًا لَا يَعْرِفُ أَنَّهَا الْمَحْلُوفُ عَلَيْهَا، أو حَلَفَ: لَا يَسْلَمُ عَلَى زَيْدٍ، فَسَلَّمَ عَلَيْهِ فِي ظُلْمَةٍ، وَلَا يَعْلَمُ أَنَّهُ زَيْدٌ.

فَصُلِّ: حَلَفَ: لَا يَسْلَمُ عَلَى زَيْدٍ، فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ فِيهِمْ، ففِي الْحِنْثِ قَوْلَا حِنْثِ النَّاسِي وَالْجَاهِلِ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ فِيهِمْ وَنَوَى السَّلَامَ عَلَيْهِ مَعَهُمْ، حَنَثَ، وَفِيهِ مَا حَكَيْنَا عَنْ «الْبَيَانِ» ^(١) فِيمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَكْلُمُهُ، فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ، وَقَصَدَهُ، فَأَمَّا إِذَا اسْتِثْنَاهُ بِلَفْظِهِ فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ إِلَّا عَلَى زَيْدٍ، فَلَا يَحْنَثُ. وَإِنْ اسْتِثْنَاهُ بِنَيْتِهِ، لَمْ يَحْنَثْ أَيْضًا عَلَى الْمَذْهَبِ. وَإِنْ أَطْلَقَ، حَنَثَ عَلَى الْأَظْهَرِ.

ولو حَلَفَ: لَا يَدْخُلُ عَلَى زَيْدٍ، فَدَخَلَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ، فَاسْتِثْنَاهُ بِقَلْبِهِ، وَقَصَدَ الدَّخُولَ عَلَى غَيْرِهِ، حَنَثَ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّلَامِ؛ أَنَّ الدَّخُولَ فِعْلٌ لَا يَدْخُلُهُ الْاسْتِثْنَاءُ، فَلَا يَنْتَظِمُ أَنْ يَقُولَ: دَخَلْتُ عَلَيْكُمْ إِلَّا عَلَى فُلَانٍ، وَيَصُحُّ أَنْ يَقُولَ: سَلَامٌ عَلَيْكُمْ إِلَّا عَلَى فُلَانٍ.

ولو دَخَلَ بَيْتًا فِيهِ زَيْدٌ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ فِيهِ، ففِي حِنْثِهِ قَوْلَا الْجَاهِلِ وَالنَّاسِي.

ولو كَانَ فِي جَمَاعَةٍ [١٢١٩ / ب] وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ فَأَوْلَى بَعْدَمِ الْحِنْثِ. وَإِنْ دَخَلَ لَشُغْلٍ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ فِي الْبَيْتِ، فَأَوْلَى بَعْدَمِ الْحِنْثِ؛ لِانْضِمَامِ قَصْدِ الشُّغْلِ إِلَى الْجَهْلِ.

قَالَ الْإِمَامُ: نَصَّ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ: أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ، وَخَرَجَ الرَّبِيعُ قَوْلًا، وَجَعَلَهُ كَالنَّاسِي ^(٢).

(١) انظر: (البيان: ١٠ / ٥٥٨).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٦٦).

ولو علم أنه في البيت، وقصد الدخول لشغل، فقل: يَحْنُثُ قطعاً.

وقيل: هو كما لو دخل على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه.

ولو كان الحالف في بيت^(١)، فدخل عليه زيد؛ فإن خرج الحالف في الحال، لم يَحْنُثْ، وإلا، فقل: لا يَحْنُثْ.

وقيل: فيه خلاف؛ بناءً على أن استدامة الدخول هل هي دخولٌ؟ وأجاب ابن الصَّبَّاح عن هذا؛ بأن الاستدامة إن جعلت دخولاً كانا كالداخلين معاً، فلا يكون أحدهما داخلاً على الآخر.

قلت: الذي قاله ابن الصَّبَّاح حسن، والمذهب: أنه لا يَحْنُثْ. قال القاضي أبو الطيب: ونص عليه في «الأم». والله أعلم.

فصل: في أصول تتعلق بالكتاب.

لا تنعقد يمين صبي، ولا مجنون، ولا مكره. وفي السكران الخلاف في طلاقه، وتنعقد يمين الكافر.

ومن حلف: لا يدخل الدار، ثم قال: أردت شهراً، أو يوماً؛ فإن كانت اليمين بطلاق، أو عتاق، لم تقبل في الحكم، ويُدَيَّنُ، ويلحق بهما الإيلاء؛ لتعلق حقّ الأدمي به.

وإن كانت بالله تعالى، ولم يتعلّق بها حقّ آدمي، قبل قوله ظاهراً وباطناً؛ لأنه أمين في حقوق الله تعالى.

ولو حلف: لا يكلم أحداً، ثم قال: أردت زيدا، أو من سوى زيد، أو لا يأكل طعاماً، ونوى طعاماً بعينه، تخصّصت اليمين بما نوى، فلا يَحْنُثُ بغيره.

فرع: قال الشيخ أبو زيد^(٢) رَحِمَهُ اللهُ: لا أدري على ماذا بنى الشافعي رَحِمَهُ اللهُ مسائل الأيمان؟ إن اتبع اللغة، فمن حلف لا يأكل الرؤوس ينبغي أن يَحْنُثَ برؤوس الطير، والسّمك، وإن اتبع العرف، فأهل القرى لا يعدّون الخيام بيوتاً. وقد قال الشافعي: لا فرق بين القرويّ والبُدويّ.

(١) في (ظ): «بيته».

(٢) هو المروزي، محمد بن أحمد. سلفت ترجمته.

واعلم: أنَّ الشافعي يتبع^(١) مقتضى اللغة تارةً، وذلك عند ظهورها وشمولها، وهو الأصل، وتارةً يتبعُ العرف إذا استمرَّ واطَّردَ.

فَرَعُ: اللفظ الخاصُّ في اليمينِ، لا يعمَّم بالسَّبَب والنية، والعامُّ قد^(٢) يتخصَّصُ.

مثال الأول: إذا مَنَّ عليه رجلٌ بما نالَ منه، فقال: وألله ! لا أشربُ لك ماءً من عَطَشٍ، انعقدتِ اليمينُ على الماءِ مِنْ عَطَشٍ خاصَّةٍ. فلا يحنثُ بطعامِهِ وثيابهِ.

وإن نوى أنه لا ينتفعُ بشيءٍ منه، وإن كانت المنازعةُ بينهما تقتضي ما نواه، وإنَّما تؤثرُ النيةُ إذا احتملَ اللفظُ ما نوى بجهةٍ يتجوَّزُ بها، وعند مالكٍ رَحِمَهُ اللهُ يَحْنَثُ بكلِّ ما ينتفعُ به من ماله.

قال الشيخ أبو حامدٍ: وسببُ الخلافِ: أن الاعتبارَ عندنا باللفظِ، ويراعى عمومُهُ وإن كان السببُ خاصًّا، وخصوصُهُ وإن كان السببُ عامًّا، وعنده الاعتبارُ بالسببِ دون اللفظِ.

وأما تخصيصُ العام، فتارةً يكونُ بالنيةِ كما ذكرنا فيما إذا قال: وألله ! لا أكلُّمُ أحدًا، ونوى زيدًا. وتارةً بعُرفِ الاستعمالِ، كما في قوله: لا أكلُّ [١٢٢٠ / أ] الرؤوس، وتارةً بعُرفِ الشرع، كما يحملُ قوله: « لا أصلي » على الصلاة الشرعية.

فَرَعُ: يعتبرُ اللفظُ بحقيقتهِ، وقد يصرفُ إلى المَجَازِ بالنيةِ، كما لو قال: لا أدخلُ دارَ زيدٍ، وقال: أردتُ ما يسكنُهُ دون ما يملكُهُ، فيقبلُ في اليمينِ بالله تعالى، ولا يقبلُ في الحكم إذا حلفَ بطلاقٍ، وعَتَاقٍ، ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وغيرُهُ، وتارةً لكونِ المَجَازِ متعارفًا وكونِ الحقيقةِ بعيدةً، ومثله القاضي حُسَيْنُ بما إذا حلفَ: لا يأكلُ من هذه الشجرة، تحملُ اليمينُ على الأكلِ مِنْ ثمرها دون الورق والأغصانِ، وإن كانت الحقيقةُ متعارفةً، مثل أن يقول: لا أكلُ مِنْ هذه الشاةِ، فيحملُ^(٣) على لحمِها، ولا^(٤) يحنثُ بلبنها، ولحمِ ولديها.

(١) في المطبوع: « تتبع ».

(٢) في المطبوع: « وقد ».

(٣) في المطبوع: « يحمل ».

(٤) في المطبوع: « فلا ».

فَرَعُ: قال ابْنُ كَجٍّ: لو قال: وَاللَّهِ! لا دخلْتُ الدارَ، وَاللَّهِ! لا دخلْتُ الدارَ ونوى التأكيدَ، فهي ^(١) يمينٌ واحدة، وإن نوى بالثاني يميناً أخرى، أو أطلق، فهل يلزمُهُ بالحنثِ كفارةٌ أم كفارتانِ؟ وجهان.

قلتُ: الأصحُّ كفارة. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وإن قال: وَاللَّهِ! لا دخلْتُ الدارَ، لا دخلْتُ الدارَ، لا دخلْتُ الدارَ؛ فإن نوى التأكيدَ، فيمينٌ واحدةٌ، وكذا إن أطلق، أو نوى الاستئناف على المذهب.

فَرَعُ: قال الحَلِيمِيُّ: اليمينُ المعقودةُ على المملوكِ المضافِ يعتمدُ المالكُ دون المملوكِ، والمعقودةُ على غيرِ المملوكِ المضافِ يعتمدُ المضافُ دون المضافِ إليه؛ فإذا حلفَ لا يكَلِّمُ عبيدَ فلان، ولا عَبْدَ له، ثم ملكَ عبيداً وكلَّمَهُم، حَنَثَ.

ولو حلفَ لا يكَلِّمُ، بنيه، ولا ابْنَ له، ثم ولدَ له بنونَ فكلَّمَهُم، لم يَحْنَثْ؛ لأنهم لم يكونوا موجودينَ وَقْتَ اليمينِ.

فَرَعُ: حلف: لا يكَلِّمُ الناسَ، ذكر ابْنُ الصَّبَّاحِ، وغيرُهُ، أنه يَحْنَثُ إذا كلَّمُ واحداً، كما إذا قال: لا آكلُ الخبزَ، يَحْنَثُ بما أكلَ منه.

ولو حلف: لا يكَلِّمُ ناساً، حُمِلَ على ثلاثة.

فَرَعُ: في «كُتِبَ أصحابُ أبي حنيفةَ» رحمَهُمُ اللَّهُ: أنَّ المعرفةَ لا تدخلُ تحت النكِّرةِ؛ لمغايرتهما، فإذا قال: لا يدخلُ داري أحدٌ، أو لا يلبسُ ثوبي أحدٌ، دخلَ في اليمينِ غيرُ الحالفِ، ولم يدخلِ الحالفُ؛ لأنه صارَ مُعَرِّفاً بإضافةِ الدارِ والقميصِ ^(٢) إليه. قالوا: ولو ^(٣) عرفَ نفسه بإضافةِ الفعلِ؛ بأن قال: لا ألبسُ هذا القميصَ أحدًا، أو عرفَ غيرهَ بالإضافةِ إليه فقال: لا يدخلُ دارَ فلانٍ أحدٌ، أو لا يلبسُ قميصَه أحدٌ، لم يدخلِ المضافُ إليه؛ لأنه صارَ معرفاً. وكذا لو قال: لا يقطعُ هذه اليدَ أحدٌ، وأشار إلى يده، لم يدخلْ هو، وقد يتوقَّفُ في هذه الصورة الأخيرة، والسابقُ

(١) في (أ)، والمطبوع: «فهو».

(٢) في المطبوع: «أو القميص».

(٣) في المطبوع: «لو» بدون «الواو».

إلى الفهم في غيرها ما ذكروه، ويجوز أن تُخَرَّج الصورة الأولى على الخلاف في أن المخاطب هل يندرج تحت الخطاب ؟

قلت: الوجه الجزم بكل ما ذكروه . والله أعلم .

وفي كتبهم : أن كلمة « أو » إذا دخلت بين نفيتين، اقتضت انتفاءهما، كما قال الله تعالى :

﴿ وَلَا تَطْعَمْنَهُمْ إِيَّامًا أَوْ كُفُورًا ﴾ [الإنسان: ٢٤]، وإذا دخلت بين إثباتين، اقتضت ثبوت أحدهما [١٢٢٠ / ب]، فإذا قال: لا أدخل هذه الدار، أو هذه، فأيتهما دخلها، حث. وإن قال: لأدخلن هذه الدار اليوم أو هذه، برّ بدخول أحدهما. ويشبه أن يقال: إذا دخلت بين نفيتين، كفى للبر أن لا يدخل واحدة منهما، ولا يضُرُّ دخول الأخرى، كما أنها إذا دخلت بين إثباتين، كفى للبر أن يدخل إحداهما، ولا يضُرُّ أن لا يدخل الأخرى.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار أبداً، أو لأدخلن الدار الأخرى اليوم؛ فإن دخل الأخرى اليوم، برّ، وإن لم يدخلها اليوم، ولم يدخل الأخرى، برّ أيضاً.

وفي « الإقناع » للماوردي: أنه لو قال: إن أكلت خبزاً، أو لحماً، يرجع إلى مراده منهما، فيتعلق اليمين به.

فصل: في مسائل مشورة:

حلف: لا يدخل هذه^(٢)، وأشار إلى دار، فانهدمت، حث بدخول^(٣) عرّصتها.

ولو قال: لا أدخل هذه الدار فانهدمت، نُظِرَ:

إن بقيت أصول الحيطان والرُسوم، حث، وإن صارت فضاءً، فدخلها، لم يَحْتِثْ على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وجعله الإمام^(٤) على الوجهين فيمن قال:

(١) في المطبوع: « فلا »، خطأ.

(٢) في (ظ، أ): « هذا »، المثبت من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٤٨).

(٣) في المطبوع: « بدخوله ».

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٣٥٢).

لا آكلُ هذه الحِنطة، فأكل دقيقتها، وكذا لو حلف: لا يدخلُ داراً، أو بيتاً، فدخل عَرَصَةً كانت داراً، أو بيتاً.

ولو جعلت الدارُ مسجداً، أو بُستاناً، أو حَمَّاماً، لم يحنثُ بدخوله.

ولو أعيدتِ الدارُ بغير الآلة الأولى، فدخلها، لم يحنثُ، وإن أعيدت بتلك الآلة، فوجهان.

قلت: أصحُّهما: الحنثُ. والله أعلمُ.

ولو حلف: لا يشمُّ الرِّيحانَ^(١)، حنثٌ بِشَمِّ الضَّيْمُرَانِ^(٢)، دون الوردِ، والْبَنْفَسَجِ^(٣)، والْيَاسَمِينِ^(٤)، والنَّرْجِسِ^(٥)، والمَرَزَنْجُوشِ^(٦)، والزعفرانِ^(٧)، ويمكن أن يقال: هذا فيما إذا ذكر الرِّيحانُ مُعَرَّفًا، فأما إذا نكَّره، فقال: لا أشمُّ رِيحاناً، فيحنثُ بها كُلُّها.

قلت: الظاهر من حيث الدليل، ومن مقتضى كلام الأصحاب: أنه لا فرق، ولا يحنثُ مطلقاً بما بعد الضَّيْمُرَانِ. والله أعلمُ.

(١) الرِّيحان: كُلُّ نبتٍ طيب الرائحة. ويقال: المرأة ريحانة وليست بقهرمانة. انظر: (زاد المعاد: ٤ / ٣١٤)، و (المعجم الوسيط: ١ / ٣٩٤).

(٢) الضَّيْمُرَان: الرِّيحان الفارسي، وهو: شاه اسبَرم (نهاية المطلب: ١٨ / ٤١٦).

وقال العلامة ابن القيم في (زاد المعاد: ٤ / ٣١٥): الرِّيحان الفارسي، هو الذي يسمُّه الحَبَقُ. وانظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٣٤٢)، و (المعجم الوسيط: ١ / ٥٦٤)، وتحرف في (المهذب: ٤ / ٥٠٧): « الضيمران » إلى « الضميران ».

(٣) البنفسج: وزان سَفَرَجَل: نبت زهري، يزرع للزينة، وأزهاره عطرة الرائحة. انظر: (المصباح ص: ٦١)، و (المعجم الوسيط: ١ / ٧٤).

(٤) الياسمين: جُنَيْبَةٌ من الفصيلة الزيتونية، والفصيلة الياسمينية، تزرع لزهراها، ويستخرج دهن الياسمين من زهر بعض أنواعها (المعجم الوسيط: ٢ / ١١٠٨)، وانظر: (المصباح ص: ٥٥٩).

(٥) النَّرْجِس: نبت من الرياحين، وهو من الفصيلة النرجسية، ومنه أنواع تزرع لجمال زهرها وطيب رائحته، وزهره تشبُّه بها الأعين (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٤٩)، وانظر: (المصباح: رج س).

(٦) المَرَزَنْجُوش: ويقال: مزرنجوش، ومَرْدَقُوش: بقل عشبي زراعي طيب من الفصيلة الشفوية، عربيَّة: السَّمْسَق. انظر: (البيان: ١٠ / ٥٤٧)، و (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٩٦).

(٧) الزَّعْفَرَان: نبت قُرْمِيٍّ معمر، منه أنواع برية، ونوع صيفي طيب مشهور (المعجم الوسيط: ١ / ٤٠٨).

ولو حلف: لا يَشْتُم مَشْمُومًا، حَنَثَ بِشَمِّ جميع ذلك، ولا يَحْنُثُ بِشَمِّ الْمِسْكِ^(١)، والكافور^(٢)، والعُود^(٣)، والصَّنْدَل^(٤).

ولو حلف: لا يَشْتُم الورد، والبَنْفَسَجَ، فشَمَّهُما بعد الجَفَافِ، فوجهان، ولا يَحْنُثُ بِشَمِّ دُهْنِهِمَا.

ولو حلف: لا يستخدِمُ زيدًا، فخدمُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَطْلُبَ الْحَالِفُ ذلك، لم يَحْنُثْ، سواءً فيه عبْدُهُ وغيرُهُ.

ولو حلف: لا يتسرَّى فثلاثة أَوْجُه:

الأصح المنصوص: أَنَّ التسرِّي إنما يحصلُ بثلاثة أشياء: سترُ الجارية عن أعينِ الناسِ، والوطء، والإنزال.

والثاني: يكفي السترُ والوطء.

والثالث: يكفي الوطء.

ولو حلف: لا يقرأ القرآنَ، فقرأ جُنْبًا، حَنَثَ.

وإن حلف: ليقرَأَ، فقرأه جُنْبًا، بَرَّ، بخلافِ ما لو نذرَ أَنْ يقرأَ، فقرأ جُنْبًا، لا يجزئُهُ؛ لأنَّ المقصودَ من النذرِ التقرُّبُ، والمعصيةُ لا يتقرَّبُ بها. ولو حلف: ليقرَأَ جُنْبًا، بَرَّ بالقراءة جُنْبًا، وإن عصى.

ولو نذرَ أَنْ يقرأ جُنْبًا، لغا نذرُهُ.

فَرَعٌ: في « فتاوى القفال »^(٥) أنه لو قال: لا أَصَلِّيَ على هذا المُصَلِّي، ففرش

(١) المسك: هو الطيبُ المعروف، والعرب تسميه: المشموم، وهو عندهم أفضلُ الطيب. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٨٧)، و(المصباح: م س ك).

(٢) الكافور: شجر من الفصيلة الغاريّة، يتخذ منه مادة شفافة. بلُورِيّة الشكل يميل لونها إلى البياض، رائحتها عطرية، وطعمها مُرٌّ، وهي المعروفة بالكافور، وهو أصناف كثيرة (المعجم الوسيط: ٢ / ٨٢٣).

(٣) العُود: ضَرَبٌ من الطيب، يُتَبَخَّرُ به (المعجم الوسيط: ٢ / ٦٥٨).

(٤) الصَّنْدَل: شجر خشبُهُ طيب الرائحة، يظهر طيبه بذلك أو بالإحراق، ولخشبه ألوان مختلفة: حمر وبيض وصفر (المعجم الوسيط: ١ / ٥٤٥).

(٥) القفال: هو المَرُوزِيُّ الصغير، عبد الله بن أحمد.

فوقه ثوباً، وصَلَّى عليه؛ فَإِنْ نَوَى أَنَّهُ لَا يَبَاشِرُهُ بِقَدَمَيْهِ وَجِبْهَتِهِ وَثِيَابِهِ، لَمْ يَحْنُثْ، وَإِلَّا فَيَحْنُثْ، كَمَا لَوْ قَالَ [١٢٢١ / أ]: لَا أَصَلِّي فِي هَذَا الْمَسْجِدِ، فَصَلَّى عَلَى حَصِيرٍ فِيهِ، وَإِنْ عَلَّقَ بِهِ الطَّلَاقَ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ أَنِّي لَا أَبَاشِرُهُ، دُيِّنَ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ.

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ: لَا يَكْلُمُ زَيْدًا شَهْرًا، فَوَلَّاهُ ظَهْرَهُ، ثُمَّ قَالَ: يَا زَيْدُ! أَفْعَلْ كَذَا، حَنْثٌ.

وَلَوْ أَقْبَلَ عَلَى الْجِدَارِ، وَقَالَ: يَا جِدَارُ! أَفْعَلْ كَذَا، لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ كَانَ غَرَضُهُ إِفْهَامَ زَيْدٍ. وَكَذَا لَوْ أَقْبَلَ عَلَى الْجِدَارِ وَتَكَلَّمَ وَلَمْ يَقُلْ: «يَا زَيْدُ» وَلَا «يَا جِدَارُ»، لَمْ يَحْنُثْ.

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ: لَا يَلْبَسُ ثَوْبًا مِنْ غَزَلِهَا، فَرَقَعَ ثَوْبَهُ بِرُقْعَةٍ كِرْبَاسٍ^(١) مِنْ غَزَلِهَا، حَنْثٌ، وَقَالَ أَبُو عَاصِمٍ الْعَبَادِيُّ: لَا يَحْنُثْ، وَتِلْكَ الرُقْعَةُ تَبَعٌ.

قُلْتُ: قَوْلُ أَبِي عَاصِمٍ هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْمَى لَابَسًا ثَوْبًا مِنْ غَزَلِهَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ تَعَمَّمَ بِعِمَامَةٍ نُسِجَتْ مِنْ غَزَلِهَا، حَنْثٌ إِنْ حَلَفَ بِالْعَرَبِيَّةِ، وَإِنْ حَلَفَ بِالْفَارْسِيَّةِ، فَلَا، وَإِنْ التَّحَفَ بِلِحَافٍ مِنْ غَزَلِهَا، لَمْ يَحْنُثْ.

قُلْتُ: يَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فِي التَّدَثُّرِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ: لَا يَفْعَلُ كَذَا، فَفَعَلَهُ فِي حَالِ جُنُونِهِ، فَفِي الْحَنْثِ قَوْلَانِ.

فَرَزَعٌ: فِي «الْمُبْتَدَأِ» فِي الْفَقْهِ لِلْقَاضِي الرُّوْيَانِيِّ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ حَانُوتَ فُلَانٍ^(٢)، فَدَخَلَ الْحَانُوتَ الَّذِي يَعْمَلُ فِيهِ، وَهُوَ مَلِكٌ غَيْرُهُ، لَمْ يَحْنُثْ، هَكَذَا^(٣) نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

(١) الْكِرْبَاسُ: ثَوْبٌ غَلِيظٌ مِنَ الْقُطْنِ (الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ: ٢ / ٨١٢).

(٢) فُلَانٌ: كُنَايَةٌ عَنْ عِلْمٍ لِمَنْ يَعْقِلُ، وَمَعْنَاهُ: وَاحِدٌ مِنَ النَّاسِ، كَمَا أَنَّ (فُلًا) كُنَايَةٌ عَنْ نَكْرَةٍ مِنْ يَعْقِلُ. تَقُولُ: يَا فُلًا، مَعْنَاهُ: يَا رَجُلًا، وَهُوَ مُحْذُوفُ النَّونِ لَا عَلَى سَبِيلِ التَّرْخِيمِ، وَلَوْ كَانَ تَرْخِيمًا، لَقَالُوا: يَا فُلًا، وَرَبَّمَا قِيلَ ذَلِكَ فِي غَيْرِ النَّدَاءِ لِلضَّرُورَةِ قَالَ أَبُو النِّجَمِ [الرَّجَزُ]:

فِي لُجَّةِ أَمْسِكَ فُلَانًا عَنْ فُلٍ

انْظُرْ: (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ١٠ / ٨٣).

(٣) كَلِمَةٌ: «هَكَذَا» سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

قال : والفتوى : أنه يَحْنُثُ ؛ لأنه لا يرادُ به إلا الذي يسكنُهُ ، ويعملُ فيه .

ولو قيل له : كَلِمَ زَيْدًا الْيَوْمَ ، فقال : وَاللَّهِ ! لا كَلِمَتُهُ ، انعقدتِ اليمينُ على الأبدِ
إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الْيَوْمَ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي طَلَاقٍ ، وقال : أَرَدْتُ الْيَوْمَ ، لم يَقْبَلْ فِي
الحُكْمِ .

قلتُ : الصوابُ قَبُولُهُ فِي الحُكْمِ ، كما سبقَ فِي نظائره فِي « كتاب الطلاق » .
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فَرَعٌ : فِي « كِتَابِ أَصْحَابِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ » : أَنَّهُ لَوْ قَالَ : وَسُلْطَانِ اللَّهِ !
فَهُوَ يَمِينٌ ؛ إِنْ أَرَادَ الْقُدْرَةَ ، وَإِنْ أَرَادَ الْمَقْدُورَ ، فَلَا ، وَبِهِ نَقُولُ نَحْنُ .

وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ : وَرَحْمَةِ اللَّهِ وَغَضَبِهِ ، فَلَيْسَ بِيَمِينٍ ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَقَالَ : إِنْ أَرَادَ إِرَادَةَ
النِّعْمَةِ وَالْعُقُوبَةِ فَيَمِينٌ ، وَإِنْ أَرَادَ الْفِعْلَ ، فَلَا .

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ : لِيُضْرِبَنَّ زَوْجَتَهُ حَتَّى يُغْشَى عَلَيْهَا ، أَوْ تَبُولَ ، حُمِلَ عَلَى
الحَقِيقَةِ .

ولو قال : حَتَّى أَقْتُلَهَا أَوْ تَرْفَعَ مِيتَةً ، حُمِلَ عَلَى أَشَدِّ الضَّرْبِ ، وَيُظْهَرُ عَلَى أَصْلَانَا
الحَمْلُ عَلَى الْحَقِيقَةِ أَيْضًا .

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ : لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الْخِيْمَةَ ، فَقُلْعَتْ وَنُصِبَتْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ،
فَدَخَلَهَا ، حَنِثَ .

ولو حلف : لَا يَجْلِسُ عَلَى هَذِهِ الْأُسْطُوَانَةِ ، أَوْ الْحَائِطِ ، فَأُعِيدَ بِنَاؤُهُمَا بَعْدَ
النَّقْضِ ، فَجَلَسَ عَلَى الْمُعَادِ ، لَمْ يَحْنُثْ . وَكَذَا لَوْ حَلَفَ عَلَى مِقْصَصٍ ، أَوْ سَيْفٍ ، أَوْ
سَكِينٍ فَكَسَرَهُ ، وَأُعِيدَتِ الصَّنْعَةُ ، لَمْ يَحْنُثْ . وَإِنْ نَزَعَ مِسْمَارَ الْمِقْصَصِ ، وَنَصَابَ
السَّكِينِ ، وَأُعِيدَ مِسْمَارُ آخَرَ ، وَنَصَابَ آخَرَ ، حَنِثَ .

ولو حلف : لَا يَقْرَأُ فِي الْمَصْحَفِ فَجَعَلَ بَيْنَ يَدَيْهِ ، وَقَلَبَتْ أَوْرَاقُهُ ، فَقَرَأَ فِيهِ ،
حَنِثَ .

ولو حلف : لَا يَدْخُلُ هَذَا الْمَسْجِدَ ، فَزِيدَ فِيهِ ، فَدَخَلَ الزِّيَادَةَ ، حَنِثَ .

ولو حلف : لَا يَكْتُبُ بِهَذَا الْقَلَمِ ، فَكَسَرَهُ ، ثُمَّ بَرَأَهُ ، وَكُتِبَ بِهِ ، لَمْ يَحْنُثْ
وَبِجْمِيعِ هَذِهِ الْأَجْوِبَةِ نَقُولُ إِلَّا فِي « مَسْأَلَةِ الْقَلَمِ » .

قلت: في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد، نظرًا، وينبغي أن لا يحث بدخولها؛ لأن اليمين لم يتناولها حالة الحلف. وأما قول الإمام الرافعي^(١): إنا نخالفهم في مسألة القلم، فليس كما قال؛ بل مذهبنا فيها كما ذكره؛ قال القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح من «تعليقه»: «ولو حلف [١٢٢١ / ب] لا يكتب بهذا القلم وهو مبري، فكسره، ثم برأه، وكتب به، لم يحث، وإن كانت الأنوبة واحدة؛ لأن القلم اسم للمبري دون القصبة؛ وإنما تسمى القصبة قبل البري قلمًا مجازًا؛ لأنها ستصير قلمًا».

قال: وكذا إذا قال: لا أقطع بهذه السكين^(٢)، فأبطل حدّها، وجعله في ظهرها، وقطع بها، لم يحث.

قال: ولو حلف: لا يستند إلى هذا الحائط، فهدم، ثم بُني واستند؛ إن بني بتلك الآلة، حث، وإن أعيد بغيرها، أو ببعضها، لم يحث. والله أعلم.

وأنه لو حلف: لا يأكل من كسب زيد، فكسبه: ما يملكه من المباحات، وبالعقود^(٣) دون ما يرثه.

ولو كسب شيئًا، ومات، فورثه الحالف وأكله، حث، ولو انتقل إلى غيره بشراء، أو وصية، لم يحث. ولك أن لا تفرق، ويشترط لكسبه أن يكون باقياً في ملكه.

وأن الحلواء: كلُّ حُلُو ليس في^(٤) جنسه حامض، كالخبيص^(٥)، والعسل، والسُّكَّر، دون العنب والإجاص، والرُّمَّان، والأشبه أن يشترط في إطلاق الحُلُو أن يكون معمولاً، وأن يخرج منه العسل والسكر، فالحلواء غير الحُلُو.

(١) انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥١).

(٢) في المطبوع: «بهذا السكين». قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٢٦٥): «السكين معروف». قال أبو جعفر النحاس في كتابه: (صناعة الكتاب ص: ١٠٣ - ١٠٤): حكى عن الأصمعيّ؛ أن السكين مذكّر، وزعم الفراء أنه يذكّر ويؤنث.

(٣) في المطبوع: «العقود» غلط.

(٤) في المطبوع: «من».

(٥) الخبيص: الحلواء المخبوضة من التمر والسمن (المعجم الوسيط: ١ / ٢٢٣).

قلت: هذا الذي اختاره الرافعي رحمه الله هو الصواب، وفي الحديث الصحيح: « كان يُحِبُّ الحَلَوَاءَ والعَسَلَ »^(١). والله أعلم.

قال العبادي من أصحابنا في « الرِّقْم »: لو حلف على الحَلَوَاءِ، دخل فيه المَتَّخِذُ من الفانيد^(٢)، والشُّكْر، والعَسَل، والدَّبْس^(٣)، والقَنْد^(٤)، وفي اللُّوزِينَجِ^(٥) والجَوَزِينَجِ^(٦) وجهان.

وأن الشَّوَاءَ يَقَعُ على اللحمِ خاصَّةً دونَ السمَكِ المشويِّ.

وأن الطَّبِيخَ يَقَعُ على اللَّحْمِ يُجْعَلُ في الماءِ، ويُطَبَخُ، وعلى مرقته^(٧).

وعن بعضهم: أنه يقع على الشحم.

ولو طَبَخَ عَدَسٌ أو أَرَزٌ بِوَدَكٍ^(٨)، فهو طَبِيخٌ، وإن طَبَخَ بَزِيَّتٍ أو سَمْنٍ، فليس بِطَبِيخٍ.

قلت: الصواب: أن الكُلَّ طَبِيخٌ. والله أعلم.

وذكر العبادي^(٩) في « الرِّقْم » أنه لو حلف: لا يأكلُ المَرَقَ، فهو ما يُطَبَخُ

(١) أخرجه البخاري (٥٢٦٨)، ومسلم (١٤٧٤ / ٢١) من حديث السيدة عائشة أم المؤمنين.

وقال المصنف في (شرح صحيح مسلم: ١٠ / ٧٧): « قال العلماء: المراد بالحَلَوَاءِ - هنا -: كلُّ شيءٍ حُلُوٌّ، وذكر العسل بعدها؛ تنبيهاً على شرافته، ومزيته، وهو من بابِ ذكر الخاصِّ بعد العام، والحَلَوَاءُ بالمدِّ، وفيه جواز أكلٍ لذيق الأَطْعَمَةِ، والطيبات من الرزق، وأن ذلك لا ينافي الزهد والمراقبة، لا سيَّما إذا حصل اتفاقاً ». وانظر: (الفتح: ٩ / ٣٧٨ - ٣٧٩).

(٢) الفانيد: نوعٌ من الحلوى يعملُ من القَنْدِ (عسل قَصَب السَّكَّر إذا جمد)، والنشاء، وهي كلمة أعجمية (المصباح: ف ن ذ).

(٣) الدَّبْس: عصارة الرُّطْبِ (المصباح: د ب س).

(٤) القَنْد: عَسَل قَصَب السَّكَّر إذا جمد (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٩١). وقال في « المصباح »: القَنْدُ: ما يُعْمَلُ منه السَّكَّرُ، فالسَّكَّرُ من القَنْدِ كالسَّمْنِ من الرُّبْدِ، ويقال: هو معرَّبٌ.

(٥) اللُّوزِينَج: من الحلواء: شبه القطائف، يؤدم بدهن اللُّوز (المصباح: ل و ز).

(٦) الجَوَزِينَج: القطائف المحشوة بالجوز. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٣٣٩).

(٧) في المطبوع: « مرقتها »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥٢).

(٨) الودَك: بفتحيتين: دَسَم اللحم والشحم، وهو ما يتحلَّب من ذلك (المصباح: و د ك).

(٩) العبادي: هو أبو الحسن، ولَّد الشيخ أبي عاصم العبادي.

بِاللَّحْمِ، أَيَّ لَحْمٍ كَانَ، وَفِيمَا يَطْبَخُ بِالكَرْشِ^(١)، وَالْبُطُونِ، وَالشَّحْمِ وَجِهَانٍ.
وَإِذَا حَلَفَ: لَا يَأْكُلُ الْمَطْبُوخَ، حَيْثُ بِمَا طُبَخَ بِالنَّارِ، أَوْ أُغْلِيَ، وَلَا يَحْنُ
بِالْمَشْوِيِّ. وَالطَّبَاهِجَةُ^(٢) مَشْوِيَّةٌ، وَيَحْتَمَلُ غَيْرَهُ.

وَذَكَرُوا أَنَّ الْغَدَاءَ: مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الزَّوَالِ، وَالْعِشَاءَ: مِنَ الزَّوَالِ إِلَى نِصْفِ
اللَّيْلِ، وَالشُّحُورَ: مَا بَيْنَ نِصْفِ اللَّيْلِ وَطُلُوعِ الْفَجْرِ.

وَمَقْدَارُ الْغَدَاءِ وَالْعِشَاءِ، أَنَّ يَأْكُلَ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ شِبَعِهِ.

وَلَوْ حَلَفَ: لِأَيَّتِنَهُ غَدَوَةٌ، فَهِيَ مَا بَعْدَ^(٣) طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ،
وَالضُّحَاةُ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ مِنْ حِينَ تَزُولُ كِرَاهَةُ الصَّلَاةِ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ، وَالصَّبَاحُ
مَا بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى ارْتِفَاعِ الضُّحَى، وَقَدْ يَتَوَقَّفُ فِي كَوْنِ الْعِشَاءِ مِنَ الزَّوَالِ،
وَفِي مَقْدَارِ الْغَدَاءِ وَالْعِشَاءِ، وَفِي امْتِدَادِ الْغَدَوَةِ إِلَى نِصْفِ النَّهَارِ، وَفِي أَنَّ الضُّحَاةَ مِنَ
السَّاعَةِ الَّتِي تَحِلُّ فِيهَا الصَّلَاةُ.

وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ: لَا يَكْلَمُهُ، فَتَبَّهَهُ مِنَ النَّوْمِ، حَيْثُ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَبِهْ، وَهَذَا غَيْرُ
مَقْبُولٍ.

وَلَوْ دَقَّ الْمُحْلُوفُ عَلَيْهِ الْبَابَ، فَقَالَ: مَنْ هَذَا؟ حَيْثُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَفَرِّقَ بَيْنَ
عِلْمِهِ بِهِ، وَجَهْلِهِ.

وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: لَا أَكْلَمُهُ الْيَوْمَ، وَلَا غَدًا، لَمْ تَدْخُلِ اللَّيْلَةُ الْمُتَخَلِّلَةُ فِي الْيَمِينِ.

وَلَوْ قَالَ: [١٢٢٢ / أ] لَا أَكْلَمُهُ الْيَوْمَ وَغَدًا، دَخَلَتْ، وَالصَّوَابُ: التَّسْوِيَةُ.

قُلْتُ: يَعْنِي: فِي عَدَمِ الدَّخُولِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَنْوِ مَوَاصِلَةَ الْهَجْرَانِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَكْلَمُهُ يَوْمًا، وَلَا يَوْمَيْنِ، فَالْيَمِينِ عَلَى يَوْمَيْنِ، فَلَوْ كَلَّمَهُ فِي

(١) الْكَرْشُ: بِفَتْحِ الْكَافِ وَكَسْرِ الرَّاءِ، وَيَجُوزُ إِسْكَانُهَا مَعَ كَسْرِ الْكَافِ وَفَتْحِهَا، وَهِيَ مِنَ الْحَيَوَانِ كَالْمَعْدَةِ
لِلْإِنْسَانِ، وَهِيَ مُؤَنَّثَةٌ، وَجَمْعُهَا فِي الْقَلَّةِ: أَكْرَاشُ، وَفِي الْكَثَرَةِ: كَرُوشُ (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ:
١٠ / ٥٦).

(٢) الطَّبَاهِجَةُ: فَارِسِيٌّ مَعْرَبٌ: ضَرْبٌ مِنْ قَلِيِ اللَّحْمِ (اللسان: طَبَهَجَ)، وَجَاءَ فِي (الْقَامُوسِ وَالتَّاجِ):
«الطَّبَاهِجَةُ: اللَّحْمُ الْمُشْرَحُ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «مَا بَيْنَ» بَدَلُ: «مَا بَعْدَ».

الثالث، لم يَحْنَثْ، وهكذا ذكره أبو الحسن العبادي من أصحابنا. ولو قال: يوماً ويومين، فاليمين على ثلاثة.

وأنه لو حلف: ليهدمن هذه الدار، فهدم سقوفها، برّ، ويجوز أن يقال: يشترط أن لا يبقى ما يُسمّى داراً.

ولو حلف: ليهدمن هذا الحائط^(١)، أو لينقضنه، اشترط هدمه، حتى لا يبقى منه ما يُسمّى حائطاً.

ولو حلف: ليكسرته، لم يشترط ما يزيل اسم الحائط.

فرع: حلف: لا يزوره حياً ولا ميتاً، فشيع جنازته، لم يَحْنَثْ.

وفي «فتاوى الغزالي» أنه لو حلف: لا يُدخل داره صُوفاً، فأدخل^(٢) كبشاً عليه صوف، أو لا يُدخلها بيضاً، فأدخلها دجاجة، فباضت في الحال، لم يَحْنَثْ.

وأنه لو حلف: لا يقعدُ معه تحت سَفَفٍ، فقعدا تحت أَرَجٍ^(٣) حَنَثَ.

وأنه لو حلف: لا يُفطرُ، فمطلق هذا ينصرف إلى الأكل، والجماع، ونحوهما، ولا يَحْنَثُ بالردّة، والجنون، والحِيض، ودخول الليل. وبالله التوفيق.



(١) في المطبوع زيادة: «اليوم»، ليست في الأصول الخطية، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥٣).

(٢) في المطبوع زيادة: «داره»: ليست في الأصول الخطية، ولا في (فتح العزيز: ١٢ / ٣٥٤).

(٣) أَرَج: الأرج محرّكة: بيت بيني طولاً، ويقال: الأرج: السقف (المصباح: أرج).

٧٤ - كِتَابُ الْقَضَاءِ (١)

فيه ثلاثة أبواب :

الأول: في التولية والعزل، وفيه طرفان.

الأول: في التولية، وفيه مسائل.

الأولى: القضاء والإمامة فرضاً (٢) كفاية بالإجماع، فإن قام به من يصلح، سقط

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٠٥): «كتاب أدب القضاء» بدل: «كتاب القضاء». والقضاء لغة: لفظ مشترك له عدة معانٍ، أهمها:

أولاً: الحكم والإلزام، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الاسراء: ٢٣]، أي: حكم وألزم. والقاضي يوجب الحكم على المحكوم عليه.

ثانياً: الفراغ والانتهاء من الشيء، يقال: قضى حاجته: إذا فرغ منها، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَوَكَرَهُ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ [القصص: ١٥]؛ أي: قتله وفرغ منه وانتهى، والوكز: الضرب بجمع الكف. والقاضي ينهي الأمر ويفرغ منه.

ثالثاً: الأداء والإنهاء، ومنه: قضى دينه، أي: أداه، وأنهى ما عليه، ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْكَ أَلْأَمْرَ﴾ [الحجر: ٦٦]؛ أي: أديننا إليه، وأنهينا إلى علمه.

رابعاً: الصنع والتقدير، يقال: هذا شيء قضاه؛ أي: صنعه، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾ [فصلت: ١٢]، أي: صنعها وقدرها.

وسمي حكماً لما فيه من منع الظالم من الظلم، ومنه: الحكمة التي توجب وضع الشيء في محله، أو من إحكام الشيء، مأخوذة من حكمة اللجام؛ لمنعها الدابة.

والقضاء شرعاً: فصل الخصومة بحكم الله تعالى. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥١٠)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ١٣٣ - ١٣٤)، و(المعتمد: ٥ / ٣٦٩ - ٣٧٠)، و(فتح العزيز: ١٢ / ٤٠٥ - ٤٠٨)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣٧١ - ٣٧٢).

(٢) في المطبوع: «فرض»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٠٩).

الفرض عن الباقيين، وإن امتنع الجميع، أثموا، وأجبر الإمام أحدهم على القضاء.

وقيل: لا يجبر، والصحيح: الأول.

ثم من لا يصلح للقضاء تحرّم توليته، ويحرّم عليه التوليّ والطلب.

وأما من يصلح، فله حالان.

أحدهما: أن يتعيّن للقضاء، فيجب عليه القبول، ويلزمه أن يطلبه، ويشهر نفسه عند الإمام إن كان خاملاً^(١)، ولا يعدّر بأن يخاف ميل نفسه وخيانتها؛ بل يلزمه أن يقبل ويحترز؛ فإن امتنع، عصي، وهل يجبر؟ وجهان.

الصحيح: نعم، وبه قال الأكثرون، كما يجبر على القيام بسائر فروض الكفاية عند التعيّن، فإن قيل: امتناعه من هذا الواجب المتعين المتعلّق بالمصالح العامة، يشبه^(٢) أن تكون كبيرة، فيفسق به، ويخرج عن الأهلية، فكيف يؤولي ويجبر؟ ! فالجواب: أنه يمكن أن يقال: إنه يؤمر بالتوبة أولاً، فإذا تاب، وُلّي.

قلت: وينبغي أن يقال: لا يفسق؛ لأنه لا يمتنع غالباً إلا متأولاً، وهذا ليس بعاصٍ قطعاً، وإن كان مُخطئاً. والله أعلم.

الحال الثاني: أن يكون هناك غيره ممن يصلح؛ فذلك الغير إمّا أن يكون أصلح، وأولى منه، وإمّا مثله، وإمّا دونه؛ فإن كان أصلح منه، بُني على أن الإمامة العظمى هل تنعقد للمفضول مع وجود الفاضل؟ وفيه خلاف للمتكلّمين، والفقهاء، والأصح: الانعقاد؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن شرط الإمامة. وفي القضاء خلاف مرتّب، وأولى بالانعقاد؛ فإن لم نجوز للمفضول القضاء حرمت توليته، وحرّم عليه [١٢٢٢ / ب] الطلب والقبول، وإن جوّزناه، جاز القبول. وأمّا الطلب، فمكروه، وقيل: حرام.

وإن كان الأصلح لا يتولّى، فهو كالمعدوم، وأمّا إذا كان [هناك]^(٣) مثله، فله القبول، ولا يلزمه على الأصح، فربّما قام به غيره.

(١) خاملاً: أي: غير مشهور بين الناس (مغني المحتاج: ٤ / ٣٧٤).

(٢) في المطبوع: « ويشبه »، « الواو » مقحمة.

(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

وأما الطلب؛ فإن كان خامِلَ الذِّكْرِ، ولو تولَّى، اشتهر، وانتفع الناسُ بعلمه، استحَبَّ له الطلبُ على الصحيح، وقال القَفَّالُ: لا يستحبُّ.

وإن كان مشهوراً ينتفع الناسُ بعلمه؛ فإن لم يكن له كفايةٌ، ولو ولي، حصلتْ كفايَتُهُ من بيت المال، قال الأكثرون: يستحبُّ، وقيل: لا يستحبُّ، ولا يكره.

وإن كان له كفاية، فالصحيحُ أن الطلبَ مكروه، وقيل: الأولى تركُهُ.

ثم كما يكره [الطلب] والحالة هذه يكره القَبُولُ، ولو ولي بلا طلب، وعلى هذا حُمِلَ امتناعُ السَّلَفِ.

وإن كان هناك مَنْ هو دونه؛ فإن لم نجوِّزْ توليةَ المفضول، فقد تعيَّنَ عليه، وإن جوَّزناها، استحَبَّ له القَبُولُ. وفي الوجوبِ الوجهان، ويستحبُّ له الطلبُ إذا وثق بنفسه، وهكذا حيثُ استحَببنا الطلبَ والتولَّى، أو أبجناهما^(١)، فذلك عند الوثوق، وغلبة الظن بقوة النفس، وأمّا عند الخوف، فيحترز.

فَرَعٌ: هذا^(٢) التفصيل الذي ذكرناه^(٣) فيما إذا لم يكن هناك قاضٍ مُتَوَلٍّ؛ فإن كان، نُظِرَ:

إن كان غيرَ مستحقٍّ؛ بِجَوَرٍ^(٤)، أو جهلٍ، فهو كما لو لم يكن، وإن كان مستحقاً والطالبُ يَرُومُ عزْلَهُ، فالطلبُ حَرَامٌ، والطالبُ مجروحٌ، ذكره الماوردِيّ.

قلتُ: وسواء كان فاضلاً أو مفضولاً إذا صحَّحنا توليةَ المفضول. والله أعلم.

فَرَعٌ: ما ذكرناه هو حكمُ الطلبِ بلا بَدَلٍ، فلو بَدَلَ مالاً ليتولَّى، فقد أطلق ابنُ القاصِّ^(٥)، وآخرون: أنه حَرَامٌ وقضائُه مردودٌ، والصحيحُ تفصيلُ ذكره الرُّوياني وهو أنه إن تعيَّنَ عليه القضاء، أو كان ممن يُستحبُّ له، [فله] بذل المال، ولكنَّ الآخِذَ ظالمٌ بالأخِذِ، وهذا كما إذا تعذَّر الأمرُ بالمعروفِ إلَّا ببذلِ مالٍ.

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٣): «أوجبناهما».

(٢) كلمة: «هذا» ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: «ذكرنا».

(٤) في (أ)، والمطبوع: «لجور»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٣).

(٥) هو أبو العباس، أحمد بن القاصِّ، سفلت ترجمته.

وإن لم يتعيّن، ولم يكن مستحبّاً، جاز^(١) له بذلُ المال ليُوَلَّى^(٢)، ويجوزُ له البذلُ بعد التولية؛ لئلاَّ يُعزَلَ، والآخذُ ظالمٌ بالآخذِ.

وأما بذلُ المالِ؛ لعزَلِ قاضٍ؛ فإن لم يكن بصفةِ القضاةِ، فمستحبٌّ؛ لما فيه من تخليصِ الناسِ [منه و] لكن أخذه حرامٌ على الآخذِ، وإن كان بصفتهُم، فحرامٌ. فإن فعلَ، وعزَلَ الأولُ، ووَلَّى الباذِلُ، قال ابنُ القاصِّ: توليتهُ باطلةٌ، والمعزولُ على قضائه؛ لأن العزَلَ بالرّشوةِ حرامٌ، وتوليةُ المرتشي^(٣) والراشي^(٤) حرامٌ، وليكنْ هذا عند تمهيدِ الأصولِ الشرعيّةِ؛ فأما عند الضروراتِ، وظهورِ الفتنِ، فلا بُدَّ من تنفيذِ العزَلِ والتوليةِ جميعاً، كتوليةِ البغاةِ.

فَرَعَ: طرقُ الأصحابِ متفقةٌ على أنَّ النظرَ في تعيينِ الشخصِ للقضاءِ وعدمِ تعيينه إلى البلدِ والناحية، لا غَيْرُ^(٥)، ومقتضاهُ أنه لا يجبُ على مَنْ يصلحُ للقضاءِ طلبُ القضاءِ ببلدةٍ أخرى ليس بها صالحٌ، ولا قبولُهُ إذا وُلِّيَ، ويجوزُ أن يفرّقَ بينه وبين القيامِ بسائرِ فروضِ الكفايةِ المَحْجُوزَةِ إلى السفرِ؛ كالجهادِ، وتعلُّمِ العلمِ، ونحوهما بأنَّ^(٦) تلكَ يمكن القيامُ بها، والعودُ إلى الوطنِ، وعملُ القضاءِ [١٢٢٣ / أ] لا غايةً له.

المسألةُ الثانيةُ: في صفاتِ القاضي والمفتي، وفيها فصلان:

الأول: في صفاتِ القاضي، وله ثمانيةُ شروط.

أحدها: الحريةُ.

والثاني: الذُّكُورَةُ.

(١) كذا في الأصول الخطية، والمطبوع: « جاز »، وهو سبق قلم، صوابه ما ورد في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٣ - ٤١٤) : « لا يجوز »، وقد نَبّه الخطيب الشربيني على هذا في (مغني المحتاج: ٤ / ٣٧٤)، فقال: « ووقع في الروضة أنه يجوز له بذله ليُوَلَّى، ونسب إلى الغلط ».

(٢) في المطبوع: « ليتوَلَّى ».

(٣) في المطبوع: « المرشي ».

(٤) في (أ)، و (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٤) : « الراشي » بدون « الواو ».

(٥) لا غيرُ: هو في الأصل مضاف، والأصلُ: لا غيرُهُ، لكن لما قطع عن الإضافة بني على الضم، مثل: قَبْلُ وَبَعْدُ (المصباح: غ ي ر).

(٦) في نسخة بهامش (ظ)، والمطبوع: « فإنَّ ».

والثالث: الاجتهاد، فلا يجوز توليته جاهل بالأحكام الشرعية وطرقها، المحتاج إلى تقليد^(١) غيره فيها، وإنما تحصل^(٢) أهليته الاجتهاد لمن علم أموراً:

أحدها: كتاب الله تعالى، ولا يشترط العلم بجميعه؛ بل بما^(٣) يتعلق بالأحكام، ولا يشترط حفظه عن ظهر القلب، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه.

الثاني: سنة رسول الله ﷺ لا جميعها؛ بل ما يتعلق منها بالأحكام، ويشترط أن يعرف منها العام والخاص، والمطلق والمقيّد، والمُجمل، والمُبين، والناسخ والمنسوخ. ومن السنة: المتواتر والآحاد، والمرسل والمتّصل، وحال الرواة؛ جرحاً وتعديلاً.

الثالث: أقاويل علماء الصحابة، ومن بعدهم، رضي الله عنهم؛ إجماعاً واختلافاً.

الرابع: القياسُ فيعرف جليته وخفيته، وتميز الصحيح من الفاسد.

الخامس: لسان العرب؛ لغة وإعراباً؛ لأن الشرع ورد بالعربية، وبهذه الجهة يعرف عموم اللفظ وخصوصه، وإطلاقه وتقيده، وإجماله وبيانه.

قال أصحابنا: ولا يشترط التبخر في هذه العلوم؛ بل يكفي معرفة جمل منها، وزاد الغزالي تخفيفات ذكرها في أصول الفقه.

منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها؛ بل يكفي أن يكون له أصل مصحح وقعت العناية فيه بجميع أحاديث الأحكام^(٤) ك: « سنن

(١) في نسخة بهامش (ظ): « إليها وتقليد » بدل: « إلى تقليد ».

(٢) في المطبوع: « يحصل ».

(٣) في المطبوع: « ممّا ».

(٤) أحاديث الأحكام: هي الأحاديث التي عول عليها الأئمة المجتهدون في استنباطهم للأحكام الفقهية، ومن أشهر الكتب التي جمعت تلك الأحاديث كتاب: « بلوغ المرام » لأمير المؤمنين في الحديث العلامة ابن حجر العسقلاني رحمه الله، وقد أكرمني الله بتحقيقه في طبعة صدرت عن دار المنار بدمشق، ومؤسسة علوم القرآن ببغداد بتقديم العلامة الشيخ عبد القادر الأرناؤوط، طيب الله ثراه، وجعل جنة الفردوس مأواه.

أبي داود «، ويكفي أن يعرف مواقع كل باب، فيراجعها إذا احتاج إلى العمل بذلك الباب.

قلت: لا يصح التمثيل بـ: «سنن أبي داود» فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام، ولا معظمه وذلك ظاهر؛ بل معرفته ضرورية لمن له أدنى اطلاع. وكَم في «صحيح^(١) البخاري ومسلم» من حديث حُكْمِي ليس في «سنن أبي داود»، وأما ما في «كتابي^(٢) الترمذي والنسائي» وغيرهما من الكتب المعتمدة؛ فكثرتُ وشهرتُ غنيَّة عن التصريح بها. والله أعلم.

ومنها: أنه لا يشترط ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف؛ بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يُفتي فيها^(٣)، أن قوله لا يخالف الإجماع؛ بأن يعلم بأنه^(٤) وافق بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن المسألة لم يتكلم فيها الأولون؛ بل تولدت في عصره، وعلى هذا قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كل حديث أجمع السلف على قبوله، أو تواترت عدالة رواته، فلا حاجة إلى البحث عن عدالة رواته، وما عدا ذلك ينبغي أن يكتفى في عدالة رواته بتعديل إمام مشهور عرفت صحة مذهبه في الجرح والتعديل.

قلت: هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه، وشدَّ مَنْ شرط في التعديل اثنين، وقوله: «تواترت عدالة رواته» يعني: مع ضبطهم. ولو قال: أهلية رواته، كان أولى؛ ليشمل العدالة والضبط. وقوله: «أجمع السلف على قبوله» يعني: على العمل به، ولا يكفي عملهم على وفقه، فقد يعملون على وفقه بغيره. والله أعلم [١٢٢٣ / ب].

ومنها: أن اجتماع هذه العلوم إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، ويجوز أن يكون للعالم منصب الاجتهاد في باب دون باب، وعدَّ الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الاعتقاد.

(١) في المطبوع: «صحيح».

(٢) في (أ، ظ): «كتاب».

(٣) في (ظ): «بها».

(٤) في المطبوع: «أنه».

قال الغزالي: وعندي أنه يكفي اعتقادُ جازمٍ، ولا يشترطُ معرفتها على طرق المتكلمين، وبأدلتهم التي يحرّرونها.

الشرط الرابع: البَصَرُ، فلا يصحُّ توليةُ أعمى، وفي « جَمْع الجوامع » للرويانِي وجه: أنه يجوزُ، والصحيح: الأولُ، وبه قطع الجمهورُ، لأنه لا يعرفُ الخصومَ والشهودَ.

الخامس: التكليفُ، فلا يصحُّ توليةُ صَبِيٍّ^(١).

السادس: العَدَالَةُ، فلا يصحُّ توليةُ فاسِقٍ، ولا كافرٍ، ولو على الكُفَّار.

قال الماوردي: وما جرت به عادةُ الولاية^(٢) من نَصَبِ حاكمٍ بين أهلِ الذمة^(٣)، فهو تقليدٌ رئاسةٍ وزعامةٍ، لا تقليدٌ حُكْمٍ وقضاءٍ، ولا يلزمُهم حكمُهُ بإلزامه؛ بل بالتزامهم.

السابع: أَنْ يكونَ ناطِقاً، سميعاً، فلا يجوزُ تقليدُ أخرسٍ، لا تُعَقَّلُ إشارتُهُ، وكذا إِنْ عُقِّلَتْ على الصحيح، ولا أَصَمَّ، لا يسمعُ أصلاً؛ فَإِنْ كانَ يسمعُ إذا صيَحَ به، جازَ تقليدُهُ.

الثامن: الكِفَايَةُ، فلا يصحُّ قضاءُ مُعَقَّلٍ اخْتَلَّ رأْيُهُ ونَظَرُهُ بِكِبَرٍ، أو مرضٍ، ونحوهما. ولا يشترطُ أَنْ يحسنَ الكتابةَ على الأصح.

ويستحبُّ أَنْ يكونَ وافرَ العقلِ، حليماً، متثبتاً، ذا فطنةٍ وتيقُّظٍ، كاملَ الحواسِّ، والأعضاءِ، عالماً بلغةِ الذين يَقْضِي بينهم، بريئاً من الشُّحْناءِ والطَّمَعِ، صدوقَ اللِّهْجَةِ، ذا رأيٍ ووفاءٍ، وسَكِينَةٍ ووقارٍ، وأن لا يكونَ جَبَّاراً، يهابُهُ الخُصُومُ، فلا يتمكَّنون من استيفاءِ الحُجَّةِ، ولا ضعيفاً يَسْتَخَفُّون به، ويطمعون فيه، وأن يكونَ قُرْشياً، ورعايةُ العلمِ والتَّقْيِ أولى من رِعايةِ النَّسَبِ.

فَرْع: إِنْ عَرَفَ الإمامُ أهْلِيَّتَهُ ولَّاهُ، وإلَّا فيبحثُ عن حاله، فلو وَلَّى مَنْ لَمْ

(١) في المطبوع: « الصبي ».

(٢) في (ظ): « العادة للولاية »، وفي (أ)، والمطبوع: « عادة الولادة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٧).

(٣) أي: منهم. انظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ١٤٣).

تجتمع فيه الشروط مع العلم بحالِهِ، أثم المَتَوَلَّى والمُؤَلَّى، ولم يَنْفُذْ قضاؤه، وإن أصابَ. هذا هو الأصلُ في الباب.

قال في «الوسيط»: لكن اجتماع هذه الشروط متعذرٌ في عصرنا؛ لخلوِّ العصرِ عن المجتهدِ المستقلِّ، فالوجهُ تنفيذُ قضاءِ كُلِّ مَنْ وَلَّاهُ سلطانٌ ذو شوكةٍ، وإن كانَ جاهلاً، أو فاسقاً؛ لئلاً تتعطلَ مصالحُ الناسِ، ويؤيده أنا ننفذُ^(١) قضاءَ قاضي البُغاة لمثلِ هذه الضرورة، وهذا حسنٌ، لكن في «بعض الشُّروح»: أَنَّ قاضي البغاة إذا كان منهم، وبغِيهِمْ لا يوجبُ فسقاً، كبغي أصحابِ معاوية^(٢)، رضي الله عنه، جازَ قضاؤه، وإن أوجبَ الفسقَ، كبغي أهلِ النُّهْران^(٣)، لم يَجْزُ.

قلتُ: هذا المنقولُ عن «بعض الشُّروح» مشهور، قد ذكره صاحبُ «المهذب» وغيره، ففي «المهذب»: أن قاضيَ البغاة إن كان مِمَّنْ^(٤) يستبيحُ دمَ أهلِ العدلِ، ومالَهُمْ، لم يَنْفُذْ حكمه؛ لأن شرطه العدالةُ والاجتهادُ، وهذا ليس بَعْدِلَ، ولا مجتهدٌ، وقد جزم الرافعيُّ في «المحرر» بما ذكره الغزاليُّ، فقال: إن تعذرَ اجتماعُ هذه الشروط، فولَّى سلطانٌ ذو شوكة [١ / ١٢٢٤] فاسقاً، أو مقلداً، نفذَ قضاؤه؛ للضرورة. **وَاللهُ أَعْلَمُ.**

وذكرَ أَنَّ القاضي العادلَ إذا استقضاها أميرٌ باغٍ، أجابه إليه، ونفذَ قضاؤه؛ فقد سئلت عائشة رضي الله عنها عن ذلك لمن استقضاها زياد^(٥)، فقالت: إن لم يَقْضِ

(١) في (أ): «نفذنا».

(٢) هو معاوية بن أبي سفيان الأموي: صحابي ابن صحابي، أسلم هو، وأبوه، وأخوه يزيد، وأمه هند بنت عتبة في فتح مكة، شهد مع رسول الله ﷺ حينئذٍ، وكان أحدَ الكتاب لرسول الله ﷺ، وكان فصيحاً حليماً وقوراً، فقيهاً، ولد بمكة سنة (٢٠) قبل الهجرة، ومكث في الشام عشرين سنة أميراً، وعشرين سنة خليفة، وهو أحد العظماء الفاتحين في الإسلام. مات بدمشق سنة (٦٠ هـ). انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٢١٦ - ٢٢٠)، و(الأعلام: ٧ / ٢٦١ - ٢٦٢).

(٣) أهل النُّهْران: هم الخوارج الذين قتلهم سيدنا عليٌّ - رضي الله عنه - في وقعة النهروان بسبب بغيتهم وخروجهم على إمام العدل، والنُّهْران: مكان بقرب بغداد، ويقع في محافظة ديالى، جنوب شرق بغداد. انظر: خبر هذه الوقعة في (إتمام الوفاء في سيرة الخلفاء ص: ٣٢٦)، وفي (الدولة الأموية للخضري ص: ٤٩٠) كلاهما بتحقيقي.

(٤) في المطبوع: «من».

(٥) هو زياد بن سُمَيَّة مولاة الحارث بن كَلْدَةَ، ويقال له: زياد بن أبيه، وزيد بن أبي سفيان صخر بن حرب، استلحقه معاوية بن أبي سفيان. ولد في الطائف سنة (١) للهجرة، وأدرك النبي ﷺ ولم يره، =

[لهم ^(١) خياركم ^(٢) قضى شراركم ^(٣) .

فَرَعُ: مَنْ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ مِنْ أَهْلِ الْبِدْعِ، لَا يَصْخُحُ تَقْلِيدُهُ الْقَضَاءَ.

قال الماوردي: وكذا لا يجوز تقليد مَنْ لا يقول بالإجماع، ولا^(٤) يقول بأخبار الآحاد^(٥)، وكذا حكمُ نفاةِ القياس الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً؛ بل يتبعون النصوص، فإن لم يجدوا، أخذوا بقول سلفهم؛ كالشيعة^(٦)؛ فإن كانوا مُجتهدين في فحوى الكلام، ويبنون الأحكام على عموم النصوص وإشاراتها، جاز تقليدُهم على الأصح.

الفصل الثاني: في المفتي: ومتى لم يكن في الموضع إلا واحد يصلح للفتوى، تعيّن عليه أن يُفتي، وإن كان هناك غيره، فهو من فروض الكفايات، ومع هذا فلا يحلّ التسارعُ إليه، فقد كانت الصحابة رضي الله عنهم مع مشاهدتهم الوحي يُحيلُّ بعضهم على بعض في الفتوى، ويحترزون عن استعمال الرأي والقياس ما أمكن^(٧). ثم نتكلّم في ثلاث جُمُل.

= وأسلم في عهد أبي بكر، وكان من الدهاة القادة الفاتحين، والخطباء العظماء، مات سنة (٥٣ هـ).
انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٧٧)، و(الأعلام: ٣ / ٥٣).

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع، وفي (أ): «لكم» بدل: «لهم».

(٢) في (ظ): «خيارهم»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤١٩).

(٣) في (أ، ظ): «شرارهم»، المثبت موافق لما في المصدر السابق. وهذا الأثر أورده الحافظ في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٨٦ - ١٨٧)، وقال: قال عمر بن شبة في «كتاب السلطان»: له: أخبرنا محمد بن حاتم، أخبرنا إبراهيم بن المنذر، أخبرنا إبراهيم بن محمد بن عبد العزيز، عن أبيه، عن ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، قال: اجتمعت أنا ونفرٌ من أبناء المهاجرين، فقلنا: لو رحلنا إلى معاوية، ثم قلنا: لو استشرنا أمنا عائشة، فدخلنا عليها، فذكرنا لها العيال والدين، فقالت: سبحان الله! ما للناس بُدٌّ من سلطانهم. قلنا: إنا نخاف أن يستعملنا؟ قالت: سبحان الله! فإذا لم يستعمل خياركم، يستعمل شراركم.

(٤) في المطبوع: «أولا».

(٥) أخبار الآحاد: هي التي لم تصل إلى درجة التواتر.

(٦) الشيعة: فرقة كبيرة من المسلمين اجتمعوا على حُبِّ عليٍّ وآله وأحقّيتهم بالإمامة (المعجم الوسيط: ١ / ٥٢٣).

(٧) قال الحافظ في (التلخيص الحبير: ٤ / ١٨٧): «أخرجه ابن أبي خيثمة والرازمي من طريق عطاء بن السائب، سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى يقول: لقد أدركتُ في هذا المسجد عشرين ومئة من الأنصار، ما منهم أحد يحدث إلا ودَّ أن أخاه كفاء الحديث، ولا يسأل عن فتيا إلا ودَّ أن أخاه»

إحداها: في المُفتي، فيشترطُ إسلامُهُ، وبلوغُهُ، وعدالتُهُ؛ فالفاسِقُ لا تقبل فتواه، ويلزمُهُ أَنْ يعملَ لنفسِهِ باجتهادِهِ، ويشترطُ في المفتي أيضاً التيقُّظُ، وقُوَّةُ الضبطِ، فلا يقبلُ ممن تغلبُ عليه الغفلةُ والسهُوُ، ويشترطُ فيه أهليَّةُ الاجتهادِ، فلو عرفَ العاميُّ مسألةً، أو مسائلَ بدليلها، لم يكن له أَنْ يُفتيَ بها، ولا لغيره أَنْ يقلِّدهُ، ويأخذَ بقوله فيها.

وقيل : يجوزُ.

وقيل : إِنْ كانَ نقلِيًّا، جازَ، وإِنْ كانَ قياسيًّا ^(١)، فلا، والصحيح : الأولُ.
والعالم الذي لم يبلغْ رتبة ^(٢) الاجتهادِ كالعاميِّ في أنه لا يجوزُ تقليدُهُ على الصحيح.

وموتُ المجتهد هل يُخرِجُهُ عن أَنْ يقلِّدَ ويؤخَذَ بقوله ؟ وجهان.

الصحيح : أنه لا يخرجُ؛ بل يجوزُ تقليدُهُ، كما يعملُ بشهادةِ الشاهد بعد موته؛ ولأنه لو بطلَ قوله بموته، لبطلَ الإجماعُ بموتِ المُجمِّعين، ولصارتِ المسألةُ اجتهاديَّةً، ولأنَّ الناسَ اليومَ كالمجمِّعينَ على أنه لا مجتهدَ اليومَ، فلو منعنا تقليدَ الماضينَ، لتركنا الناسَ حيارى. وبَنَوْا على هذينِ الوجهين؛ أَنَّ مَنْ عرفَ مذهبَ مجتهدٍ، وتبحَّرَ فيه، لكن لم يبلغْ رتبةَ الاجتهادِ، هل له أَنْ يفتيَ ويأخذَ بقولِ ذلك المجتهدِ ؟ فعلى الصحيح : يجوزُ، هكذا صَوَّروا الفرعَ، ولكَ أَنْ تقولَ : إذا كان المأخُذُ ما ذكرنا، فسواءُ المتبحِّرُ وغيرُهُ؛ بل العاميُّ إذا عرفَ حكمَ تلكِ المسألةِ عند ذلكِ المجتهدِ، فأخبرَ به، وأخذَ غيرُهُ به؛ تقليداً للميت، وجَبَ أَنْ يجوزَ على الصحيح.

كفاه الفتيا.

ومن طريق داود بن أبي هندٍ، قلتُ للشَّعبي : كيف كنتم تصنعون إذا سئلتُم ؟ قال : على الخبير سقطت ؛ كان إذا سئل الرجل قال لصاحبه : أَفتَهم، فلا يزالُ حتَّى يرجعَ إلى الأول.

وأخرجه عبد الغني بن سعيد في « أدب المحدث » من هذا الوجه. وفي « مسلم » حديث أبي المنهال : أنه سأل زيد بن أرقم عن الصَّرفِ، فقال : سَلِ البراءَ بن عازبٍ، فسأل البراءَ، فقال : سَلِ زيدا... الحديثُ.

(١) في (ظ) : « قياساً ».

(٢) في المطبوع : « غاية » بدل : « رتبة ».

قلت: هذا الاعتراض ضعيف، أو باطل؛ لأنه إذا لم يكن متبجحاً ربّما ظنّ ما ليس مذهباً له مذهبه؛ لقصور فهمه، وقلة اطلاعه على مظان المسألة، واختلاف نصوص ذلك المجتهد [١٢٢٤ / ب] والمتأخّر منها، والراجح، وغير ذلك، لا سيّما مذهب الشافعي رضي الله عنه الذي لا يكاد يعرف ما يفتي به [منه] ^(١) إلا أفراد؛ لكثرة انتشاره، واختلاف ناقله في النقل والترجيح.

فإن فرض هذا في مسائل صارت كالمعلومة علماً قطعياً عن ذلك المذهب؛ كوجوب النية في الوضوء، والفتحة في الصلاة، ووجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون، ووجوب تبين النية في صوم الفرض، وصحة الاعتكاف بلا صوم، وعدم وجوب نفقة البائن الحائل ^(٢)، ووجوب القصاص في القتل بالثقل، وغير ذلك عند الشافعي رضي الله عنه، فهذا حسن محتمل. والله أعلم.

وإذا جوّزنا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت؛ فإن علم من حاله أنه يفتي على مذهب إمام معين، كفى إطلاق الجواب، وإلا فلا بُدّ من إضافته ^(٣) إلى صاحب المذهب.

فرّع: ليس لمجتهد أن يقلّد مجتهداً، لا ليعمل به، ولا ليفتي به، ولا إذا كان قاضياً ليقضي به، سواء خاف الفتنة؛ لضيق وقت، أم لا.

وقال ابن سريج: له التقليد إذا ضاق الوقت، ليعمل به، لا ليفتي، وقياسه أن لا يجوز للقضاء وأولى.

وفي «الشامل»، و«التهذيب»: طرد قول ابن سريج في القضاء، وصورة الضيق فيه: أن يتحاكم مسافران والقافلة ترتحل. ومن قال به، فقياسه طرده في الفتوى.

فرّع: هل يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرّة أخرى، أو سئل عنها مرّة أخرى، أم يعتمد اجتهاده الأول؟ وجهان، كما سبق في القبلية.

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في المطبوع: «الحامل» تحريف.

(٣) في (ظ): «إضافة».

قلت: أصحهما لزوم التجديد، وهذا إذا لم يكن ذاكراً لدليل الأولى، ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه، فإن كان ذاكراً، لم يلزمه قطعاً، وإن تجدد ما قد يوجب الرجوع، لزمه قطعاً. والله أعلم.

فرع: المنتسبون^(٢) إلى مذهب الشافعي، وأبي حنيفة، ومالك ثلاثة أصناف:

أحدها: العوام، وتقليدهم الشافعي مثلاً مفرع على تقليد الميت، وقد سبق.

والثاني: البالغون لرتبة الاجتهاد، وقد ذكرنا أن المجتهد لا يقلد مجتهداً؛ وإنما ينسب هؤلاء إلى الشافعي؛ لأنهم جروا على طريقته في الاجتهاد، واستعمال الأدلة، وترتيب بعضها على بعض، ووافق اجتهادهم اجتهاده، وإذا خالف أحياناً لم يبالوا بالمخالفة.

والصنف الثالث: المتوسطون، وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد في أصل^(٣) الشرع؛ لكنهم وقفوا على أصول الإمام في الأبواب، وتمكنوا من قياس ما لم يجدوه منصوصاً له على ما نص عليه، وهؤلاء مقلدون له؛ تفرعاً على تقليد الميت، وهكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً له، والمعروف للأصحاب أنه لا يقلدهم في أنفسهم؛ لأنهم مقلدون، وقد نجد ما يخالف هذا؛ فإن أبا الفتح الهروي^(٤)، وهو من أصحاب الإمام^(٥) يقول في الأصول: «مذهب عامة أصحابنا أن العامي لا مذهب له، فإن وجد مجتهداً قلده، وإن لم يجده، ووجد متبحراً في مذهب، فإنه يفتيه على مذهب نفسه، وإن كان العامي لا يعتد [١٢٢٥ / ١] مذهبه».

وهذا تصريح بأنه يقلد المتبحر في نفسه.

وإذا اختلف متبحران في مذهب؛ لاختلافهما في قياس أصل^(٦) إمامهما، ومن

(١) كلمة: «قد» ليست في المطبوع.

(٢) في المطبوع: «المنسوب».

(٣) في المطبوع: «أصول»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٢٢).

(٤) هو عمر بن عبد الله الهروي. مات سنة (٤٧٣ هـ) طبقات الشافعية للحسيني ص: ١٨٩، وهذا

العلم لم يترجمه المصنف رحمه الله في «تهذيب الأسماء واللغات» وهو من شرطه.

(٥) الإمام: هنا: هو الشافعي رحمه الله.

(٦) في المطبوع زيادة: «مذهب».

هذا يتولّد وجوهُ الأصحاب، فنقول: أيهما يأخذ العامي؟ فيه ما سنذكره في اختلاف المجتهدين، إن شاء الله تعالى.

وإذا نصّ صاحبُ المذهب على الحكم والعلّة، ألحقَ بتلك العلّة غير المنصوص بالمنصوص، وإن اقتصر على الحكم، فهل يستنبط المتبحرُ العلّة ويعدّي الحكم بها؟ قال محمد بن يحيى^(١): لا، والأشبهُ بفعل الأصحاب جوازُه؛ لأنهم ينقلون الحكم، ثم يختلفون في علّته، وكلٌّ منهم يطردُ الحكم في فروعِ علّته.

فَرَعٌ: ذكر الشيخُ أبو إسحاق^(٢) أنه إذا نص الإمام في واقعة على حكم، وفي أخرى بشبهها^(٣) على خلافه، لا يجوزُ نقلُ قوله من إحداها إلى الأخرى وتخريجها على قولين، وأن ما يقتضيه قوله لا يجعلُ قولاً له إلا إذا لم يحتمل، كقوله: ثبتت الشفعة في الشفص من الدار، فيقال: قوله في الحانوت كذلك، والمعروف في المذهب خلافُ ما قاله، لكن الأولى أن يقال: إنه قياسُ أصله، أو قياسُ قوله، ولا يقال: هو قوله.

فَرَعٌ: للمفتي أن يشدّد في الجواب بلفظ متأول عنده؛ زَجْراً وتهديداً في مواضع الحاجة.

قلت: المراد ما ذكره الصيّمرى^(٤) وغيره، قالوا: إذا رأى المفتي المصلحة أن يقول للعامي ما فيه تغليظ، وهو لا يعتقدُ ظاهره، وله فيه تأويلٌ، جاز؛ زَجْراً، كما روي عن ابن عباس، رضي الله عنهما: أنه سُئِلَ عن توبة القاتل؟ فقال: لا توبة له، وسأله آخر؟ فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول؟ فرأيتُ في عينه إرادة القتل، فمنعته، وأما^(٥) الثاني، فجاء مسكيناً قد قتل، فلم أفتّنه^(٦).

(١) هو الإمام أبو سعد، محمد بن يحيى بن أبي منصور النيسابوريّ الشهيد.

(٢) هو أبو إسحاق الشيرازي، إبراهيم بن علي.

(٣) في المطبوع: «شبهها».

(٤) في (ظ): «الضيّمري»، تصحيف، وهو أبو القاسم عبد الواحد بن الحسين الصيّمرى. سلفت ترجمته.

(٥) في المطبوع: «أمّا» بدون «الواو».

(٦) أخرج ابن أبي شيبة في (المصنف: ٦ / ٤٠١)، وابن الجوزي في (ناسخ القرآن ومنسوخه ص: ٣٥٤) من طريق يزيد بن هارون، أخبرنا أبو مالك الأشجعي، عن سعد بن عبيدة، قال: جاء رجل إلى ابن عباس، فقال: ألّمن قتل مؤمناً توبة؟ قال: لا، إلى النار، فلمّا ذهب، قال جلساؤه: =

قال الصَّيْمَرِيُّ^(١): وكذا إن سألته، فقال: إن قتلْتُ عبدي، فهل^(٢) عليّ قصاصٌ، فواسعٌ أن يقول^(٣): إِنْ قَتَلْتُهُ قَتَلْنَاكَ؛ فعن النبي ﷺ: «مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلَنَا»^(٤) ولأنَّ القتلَ له معانٍ، وهذا كُلُّه إذا لم يترتبْ على إطلاقه مفسدةٌ. والله أعلم.

الجملة الثانية: في المُسْتَفْتَى، فيلزمه سؤالُ المفتي عند حدوث مسألتِه؛ وإنما يسأل مَنْ عرف علمه وعدَّالته، فإن لم يعرف العلم، بحث عنه بسؤال الناس، وإن لم يعرف العدالة، فقد ذكر الغزالي فيهِ احتمالين.

أحدهما: أن الحكم كذلِكَ، وأشبههُما: الاكتفاء؛ لأن الغالبَ مِنْ حال العلماءِ العدالةُ، بخلاف البحث عن العلم، فليس الغالبُ من الناس العلم.

ثم ذكرَ احتمالين في أنه إذا وجب البحثُ، يفتقرُ إلى عدد التواتر، أم يكفي

= ما هكذا كنت تفتينا ! فما بال هذا اليوم ؟ قال : إني أحسبه مغضباً يريد أن يقتل مؤمناً . قال : فبعثوا في أثره، فوجدوه كذلك .

قال الحافظ في (التلخيص الحبير : ٤ / ١٨٧) : « رجاله ثقات » . وضعف إسناده شيخنا العلامة حسين أسد في تعليقه على (ناسخ القرآن ومنسوخه ص : ٣٥٤ - ٣٥٥) .

وروى سعيد بن منصور - ومن طريقه البيهقي في (السنن الكبرى : ٨ / ١٦) - عن سفيان بن عُيينة قال : كان أهل العلم إذا سئلوا عن القاتل قالوا : لا توبة له، وإذا ابتلي رجلٌ، قالوا : تُب .

قال الحافظ في « التلخيص الحبير » : وفي المعنى : ما أخرجه أبو داود (٢٣٨٧) عن أبي هريرة ؛ أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن المباشرة للصائم، فرخص له، وأتاه آخرٌ، فسأله، فنهاه، فإذا الذي رخص له شيخٌ، وإذا الذي نهاه شابٌ، وقال الشيخ عبد القادر الأرناؤوط رحمه الله في تعليقه على (جامع الأصول : ٦ / ٣٠١) : « في إسناده أبو العنيس، وهو لين الحديث، وقال أبو حاتم : في حديثه شيء » .

(١) في (ظ) : « الصيَمري » تصحيف .

(٢) في (ظ، أ) : « هل » بدون « الفاء » .

(٣) في المطبوع : « يقال » .

(٤) أخرجه - من حديث سَمُرَةَ بن جُنْدَبٍ - (أبو داود : ٤٥١٥)، و (الترمذي : ١٤١٤)، و (النسائي : ٨ / ٢١)، وأحمد (٥ / ١١)، و (الحاكم : ٤ / ٣٦٧)، و (البغوي : ٢٥٣٣)، و (البيهقي : ٨ / ٣٥)، وصححه الحاكم، والذهبي في « الكباير » عند الحديث رقم (٤٠١) بتحقيقي، وقال الترمذي : « هذا حديث حسن غريب »، وكذلك قال البغوي في « شرح السنة »، وقال الحافظ في (بلوغ المرام ص : ٣٢٣) بتحقيقي : « هو من رواية الحسن البصري عن سَمُرَةَ، وقد اختلف في سماعه منه » .

إخبارُ عَدْلٍ، أو عدلين؟ أصحُّهما: الثاني.

قلتُ: الاحتمالان فيما إذا لم تُعرف العدالة، هما فيمن كان مستوراً، وهو: الذي ظاهره العدالة ولم يختبر باطنه، وهما وجهان ذكرهما غيره، أصحُّهما: الاكتفاء؛ لأن العدالة الباطنة تعسرُ معرفتها على غير القضاة، فيعسرُ على العوامِّ تكليفهم بها، وهذا الخلاف كالخلاف في صحَّة النكاح بحضور المستورين.

أمَّا الاحتمالان في اشتراط عدد التواتر، والاكتفاء [١٢٢٥ / ب] بَعْدِلٍ، فهما مُحتملان، ولكن المنقول خلافهما، فالذي قاله الأصحاب: إنه يجوزُ استفتاء من استفاضت أهليَّته.

وقيل: لا يكفي الاستفاضة، ولا التواتر؛ بل إنما يعتمدُ قوله: أنا أهلٌ للفتوى؛ لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها، فقد يكون أصلها التلبس.

وأما التواتر، فلا يفيد العلم إذا لم يستند إلى معلوم محسوس، والصحيح: الأول؛ لأن إقدامه عليها إخبارٌ منه بأهليَّته؛ لأن الصورة فيمن وثق بدينه. ويجوزُ استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليَّته، قال الشيخ أبو إسحاق، وغيره: نقبل في أهليَّته خبرَ عدلٍ واحدٍ، وهذا محمولٌ على من عنده معرفةٌ يميِّزُ بها الملبس من غيره، ولا يعتمدُ في ذلك خبر آحاد العامة؛ لكثرة ما يتطرقُ إليهم من التلبس في ذلك. والله أعلم.

فرع: إذا وجدَ مُتَبَيِّنَ فأكثر، هل يلزمه أن يجتهد، فيسأل أعلمهم؟ وجهان.

قال ابنُ سُرَيْجٍ: نعم، واختاره ابنُ كَجٍّ والقفال؛ لأنه يسهلُ عليه.

وأصحُّهما عند الجمهور: أنه يتخير، فيسأل من شاء؛ لأن الأولين كانوا يسألون علماء الصحابة رضي الله عنهم مع تفاوتهم في العلم والفضل، ويعملون بقول من سألوه من غير إنكار، قال الغزالي: فإن اعتقد أن أحدهم أعلم، لم يجز أن يقلد غيره، وإن كان لا يلزمه البحث عن الأعلَم إذا لم يعتد اختصاص أحدهم بزيادة علم.

قلتُ: هذا الذي قاله الغزالي، قد قاله غيره أيضاً، وهو وإن كان ظاهراً، ففيه نظر؛ لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة رضي الله عنهم مع وجود أفاضلهم الذين فضلهم متواتر، وقد يمنع هذا. وعلى الجملة: المختار ما ذكره الغزالي. فعلى

هذا: يلزمه تقليد أَوَرَعَ العالمين، وأَعْلَمَ الورعين؛ فإن تعارضاً قَدَّمَ الأَعْلَمَ على الأصح. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

فَرَعُ: وإذا استفتي، وأُجيبَ، [فحدث له تلك الحادثة ثانياً، فإن عرف استنادَ الجواب إلى نصٍّ أو إجماع، فلا حاجة إلى] السؤال ثانياً، وكذا لو كان المقلد ميتاً، وجوزَّاه، وإن عرف استناده إلى الرأي والقياس، أو شكَّ، والمقلد حيٌّ فوجهان.

أحدهما: لا يحتاج إلى السؤال ثانياً؛ لأن الظاهر استمراره على جوابه.

وأصْحُّهما: يلزمه السؤال ثانياً.

فَرَعُ: لو اختلف عليه جوابُ مُفْتَيْنَيْنِ، فإن أوجبنا البحثَ وتقليدَ الأَعْلَمِ، اعتمدَه، وإلا فأوجه:

أصْحُّها: يتخيَّرُ، ويأخذُ بقول أيُّهما شاء.

والثاني: يأخذُ بأغلظِ الجوابين.

والثالث: بأخفِّهما.

والرابع: بقول مَنْ يَبْنِي قولَه على الأثرِ دون الرأي.

والخامس: بقول مَنْ سألَه أَوَّلًا.

قلتُ: وحكي وجهٌ سادس: أنه يسألُ ثالثاً، فيأخذُ بفتوى مَنْ وافقه. وهذا الذي صحَّحه [من التخيير هو الذي صحَّحه] الجمهور، ونقله المحاملي^(١) في أول «المجموع» عن أكثر أصحابنا؛ لأن فرضه أن يقلد عالماً، وقد فعَل^(٢). **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

ونقلَ الرُّويانِيَّ وجهين في أَنَّ مَنْ سألَ مُفْتِياً، ولم تسكُنْ نفسه إلى فتواه، هل يلزمه أن يسألَ ثانياً وثالثاً؛ لتسكُنْ نفسه، أم له الاقتصارُ على جوابِ الأول؟ والقياس: الوجه^(٣) الثاني.

الجملة [١٢٢٦ / ١] الثالثة: فيما يتعلَّق بهما، فيجوزُ للمستفتي أن يسألَ بنفسِهِ،

(١) هو أبو الحسن، أحمد بن محمد المحاملي الضبي، صاحبُ «التجريد».

(٢) في المطبوع: «حصل» بدل: «فعل».

(٣) في المطبوع: «في وجه» بدل: «الوجه».

ويجوزُ أَنْ يكتفي برسولٍ ثقةٍ، يبعثه، وبالرُّقعة، ويكفي تَرْجُمانٌ واحدٌ إذا لم يعرف لغتَهُ.

قلتُ: له اعتمادُ خَطِّ المفتي إذا أخبره مَنْ يقبل خبره أنه خَطُّه، أو كان يعرف خطه، ولم يشكَّ فيه. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

وَمِنْ آدابِ المستفتي: أَنْ لَا يسألَ المُفتي وهو قائمٌ، أو مشغولٌ بما يمنعه من تمامِ الفكرِ، وَأَنْ لَا يقولَ إذا أجابَهُ: هَكَذَا قُلْتُ أَنَا، وَأَنْ لَا يطالبَ بالدليلِ؛ فَإِنْ أراد معرفتَهُ، سألَ عنه في وقتٍ آخَرَ.

وإذا سألَ في رُقعةٍ، فليكن كاتبها حاذِقاً، ليبينَ مواضعَ السؤالِ، وَيَنْقُطَ مواضعَ الاشتباه.

وليتأملَ المفتي الرُّقعةَ، كلمةً كلمةً، وليكنِ اعتناؤُهُ بآخرِ الكلامِ أشَدَّ؛ لأنَّه موضعُ السؤالِ، وليتنبَّه في الجوابِ، وَإِنْ كانتِ المسألةُ واضحةً، وَأَنْ يشارَرَ مَنْ في مجلسه ممَّنْ يصلحُ لذلكِ، إلَّا أَنْ يكونَ فيها ما لَا يَحْسُنُ إظهارُهُ. وله أَنْ يَنْقُطَ من الرُّقعةِ مواضعَ الإشكالِ، وَأَنْ يصلحَ ما فيها من خطأٍ وَلَحْنٍ فاحشٍ.

وإذا رأى في آخرِ بعضِ السطورِ بياضاً، شغلُهُ بخطِّه، لِئَلَّا يلحقَ فيه بعدَ جوابه شيءٌ.

وليبين المفتي خَطَّهُ^(١)، وليكن قلمُهُ بين قَلَمَيْنِ.

ولو كتب مع الجواب حُجَّةً من آيةٍ، أو حديثٍ فلا بأسَ.

ولا يعتادُ ذكرَ القياسِ، وطرقَ الاجتهادِ. فَإِنْ تعلَّقت الفتوى بقاضٍ، فَحَسَنُ أَنْ يَوْمِيَ إلى طريقِ الاجتهادِ^(٢).

وإذا رأى في الفتوى جوابَ مَنْ لَا يصلحُ للفتوى، لم يُفتِ معه. قَالَ الصَّيْمَرِيُّ: وله أَنْ يَضْرِبَ عليه بإذنِ صاحبِ الرُّقعةِ، وبغيرِ إذنه، وَلَا يَحْسِبُهَا إلَّا بإذنه.

واستحبوا أَنْ يكونَ السؤالُ بخطِّ غيرِ المفتي.

(١) في المطبوع: « بخطه ».

(٢) في المطبوع: « إلى الطريق للاجتهاد ».

فَرَعٌ: مَتَى تَغَيَّرَ اجْتِهَادُ الْمُجْتَهِدِ، دَارَ الْمُقْلَدُ مَعَهُ، وَعَمِلَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ بِقَوْلِهِ الثَّانِي، وَلَا يَنْقُضُ مَا مَضَى.

ولو نكح المجتهد امرأة، ثم خالعه ثلاثاً؛ لأنه رأى الخلع فسحاً، ثم تغيّر اجتهاده، قال الغزالي: يلزمه مفارقتها، وأبدى تردداً فيما لو فعل المقلد مثل ذلك، ثم تغيّر اجتهاد مقلده، قال: والصحيح أن الجواب كذلك، كما لو تغيّر اجتهاد المقلد في الصلاة، فإنه يتحوّل. ولو قال مجتهد للمقلد، والصورة هذه: أخطأ بك من قلّدت؛ فإن كان الذي قلده أعلم من الثاني، أو استويا، فلا أثر لقوله، وإن كان الثاني أعلم، فالقياس أنا إن أوجبنا تقليد الأعلّم، فهو كما لو تغيّر اجتهاد مقلده، وإلا فلا أثر له.

قلت: هذا الذي زعم الإمام الرافعي رحمته الله أنه القياس ليس بشيء؛ بل الوجه الجزم بأنه لا يلزمه شيء، ولا أثر لقول الثاني، وهذا كلّ إذا كانت المسألة اجتهادية. وقد لخص الصيّمرّي، والخطيب البغدادي^(١)، وغيرهما من أصحابنا هذه المسألة بتفصيل حسن، فقالوا: إذا أفتى، ثم رجع، فإن علم المستفتي رجوعه ولم يكن عمل بالأول، لم يجز له العمل به، وكذا إذا نكح بفتواه، أو استمر على نكاح بفتواه، ثم رجع، لزمه فراقها، كنظيره في القبلة.

وإن كان عمل به قبل الرجوع؛ فإن كان مخالفاً لدليل قاطع، لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محلّ الاجتهاد [١٢٢٦ / ب]، فلا؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ولا نعلم خلاف هذا لأصحابنا، وما ذكره صاحبنا «المستصفي»^(٢)

(١) هو أحمد بن علي بن ثابت، أبو بكر البغدادي، المعروف بـ: «الخطيب»: إمام، حافظ، ناقد، مؤرخ، من كبار الشافعية، ولد في غزّة - منتصف الطريق بين الكوفة ومكة - سنة (٣٩٢ هـ)، ومنشؤه ببغداد، ومات بها سنة (٤٦٣ هـ). كان فصيح اللهجة، عارفاً بالأدب، يقول الشعر الجيد، ولوعاً بالمطالعة، والتأليف، ذكر ياقوت أسماء (٥٦) كتاباً من مصنفاته، منها: «تاريخ بغداد»، و«الكفاية في علم الرواية»، و«الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع». انظر: ترجمته في (سير أعلام النبلاء: ١٨ / ٢٧٠ - ٢٩٦)، و(الأعلام: ١ / ١٧٢)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهذا العلم لم يترجمه المصنف في «تهذيب الأسماء واللغات» وهو من شرطه.

(٢) المستصفي: في أصول الفقه، لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة (٥٥٥ هـ).

و«المحصول»^(١)، فليس فيه تصريح بمخالفة هذا. قال الشيخ أبو عمرو ابن الصلاح، رَحِمَهُ اللهُ: «وإن كان المفتي إنما يُفتي على مذهب إمام معين، فرجع؛ لكونه تيقن مخالفة نص إمامه، وجب نقضه، وإن كان اجتهدياً؛ لأن نص إمامه في حقه كنص الشارع في حق المستقل».

وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوعه، فكأنه لم يرجع في حقه، ويلزم المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل، وكذا بعده حيث يجب النقض.

وإذا عمل بفتواه في إتلاف، ثم بان أنه أخطأ، وخالف القاطع، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: «إن كان أهلاً للفتوى، ضمن، وإلا، فلا؛ لأن المستفتي مقصر، وهذا الذي قاله فيه نظر، وينبغي أن يخرج على قولي الغرور، أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذا لم يوجد منه إتلاف»^(٢)، ولا ألجأ إليه بالزام. والله أعلم.

فرع: لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدون، وإذا دونت المذاهب، فهل يجوز للمقلد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب؟ إن قلنا: يلزمه الاجتهاد في طلب العلم، وغلب على ظنه أن الثاني أعلم، ينبغي أن يجوز؛ بل يجب، وإن خيّرناه، فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلّد في القبلة هذا أياماً، وهذا أياماً.

ولو قلّد مجتهداً في مسائل، وآخر في مسائل أخرى، واستوى المجتهدان عنده، أو خيّرناه، فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز، وكما أن الأعمى إذا قلنا: لا يجتهد في الأواني والثياب له أن يقلّد في الثياب واحداً، وفي الأواني آخر، لكن الأصوليون منعوا منه؛ للمصلحة. وحكى الحنّاطي^(٣)، وغيره عن أبي إسحاق^(٤): «فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه أنه»^(٥) يفسق به.

(١) المحصول: في أصول الفقه، للإمام المفسر، أوجد زمانه في المعقول والمنقول، فخر الدين، محمد بن عمر الرازي المتوفى سنة (٦٠٦ هـ). انظر: (الأعلام: ٦ / ٣١٣).

(٢) في المطبوع: «الإتلاف».

(٣) هو أبو عبد الله الحنّاطي، الحسين بن محمد بن الحسن الطبري.

(٤) أبو إسحاق: هو المروزي، إبراهيم بن أحمد. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٣٧٦): «وحيث أطلق أبو إسحاق في كتب المذهب فهو: المروزي، وقد يقدونه بالمروزي، وقد يطلقونه».

(٥) في المطبوع: «أن».

وعن ابن أبي هُريرة: أنه لا يَفْسُقُ . وبِاللهِ التوفيقُ .

قلتُ: قد استقصى الإمامُ الرَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ هذا البابَ ، فاستوعبَ وأجادَ ، وقد استوعبتُ أنا هذا البابَ في أولِ « شَرْحِ المَهْدَبِ » وجمعتُ فيه من مجموعاتِ كلامِ الأئمةِ ومتفرقاتها هذا المذكورَ هنا مع مثله ، أو أمثاله ، وأنا أذكرُ منه هنا بُدْأً ، أشيرُ إليها ، ولا ألْزِمُ ترتيبه .

فيستحبُّ للمعلِّمِ والمفتي الرفقُ بالمتعلِّمِ والمستفتي ؛ ليتمكَّنَ من الفهمِ عنه ، وقد استوعبتُ آدابَ العالمِ والمعلِّمِ ^(١) والمتعلِّمِ ^(٢) في أولِ « شَرْحِ المَهْدَبِ » وذكرتُ فيه ما لا ينبغي لطالبِ علمٍ أنْ يخفيَ عليه شيءٌ منه .

قال الخطيبُ الحافظُ أبو بكر البغدادِيُّ : ينبغي للإمام أن يتفَقَّدَ أحوالَ المفتين ، فمَنْ صَلَحَ لها ، أَقَرَّهُ ، ومن لم يَصْلُحْ ، منعه ، وأمره أن لا يعودَ ، ويُوَاعِدَهُ ^(٣) على العودِ ، وطريقه في ذلك : أن يسألَ العلماءَ المشهورينَ من أهلِ عصره عن حالِهِ ، ويعتمدَ خبرهم .

وينبغي أن يكونَ المفتي مع شروطه السابقة متنزِّهاً عن خوارِمِ المروءة ، فقيه النفس ، سليمَ الذَّهنِ ، رَصِينَ الفِكرِ ، حَسَنَ التصرُّفِ والاستنباطِ ، وسواءَ الحرِّ والعبْدِ ، والمرأة والأعمى ، والأخرسُ إذا كَتَبَ ، أو فُهِمَتْ إشارَتُهُ .

قال الشيخ أبو عمرو ^(٤) بِنُ الصَّلَاحِ ، رَحِمَهُ اللهُ : وينبغي أن يكونَ المفتي كالراوي [١٢٢٧ / أ] في أنه لا تؤثرُ فيه القِراةُ والعداوةُ ، وجُرُّ النَّفْعِ ، ودفعُ الضَّرِّ ؛ لأنه في حكم مَنْ يخبرُ عن الشرعِ بما لا اختصاصَ له بشخصٍ ، فكان كالراوي ، لا كالشاهد ، وفتواه لا يرتبطُ بها إلْزامٌ ^(٥) بخلاف حكم القاضي .

قال : ووجدتُ عن صاحبِ « الحاوي » : أن المفتي إذا نابذَ في فتواه شخصاً معيناً ، صارَ خصماً معانداً ، تردُّ فتواه على مَنْ عاداه ، كما تردُّ شهادته .

(١) قوله : « والمعلِّم » ليس في (أ) .

(٢) قوله : « والمتعلِّم » ليس في المطبوع .

(٣) في (ظ) : « ويعاوده » .

(٤) في المطبوع : « أبو عمر » بدل : « أبو عمرو » ، غلط .

(٥) في (أ) : « التزام » .

قال الصَّيْمَرِيُّ: ويقبل فتاوى أهل الأهواء^(١)، والخَوارج^(٢)، ومن لا يَكْفُرُ بدعته، ولا بنفسه، وذكر الخطيبُ هذا، ثم قال: وأما الشُّرأة^(٣)، وهم بضَمِّ الشين المعجمة، والرافضة^(٤) الذين يَسُبُّون السَّلَفَ، ففتاويهم مردودةٌ، وأقاويلهم ساقطةٌ.

ومن كان من أهل الفتوى وهو قاضٍ، فهو كغيره، فلا يُكره له الفتوى، هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور.

وقيل: له أن يُفتي في العبادات وغيرها، مما لا يتعلّق بالأحكام، وفي الأحكام وجهان.

وقال ابنُ المنذر: يكره فتواه في الأحكام دون غيرها.

وهل يشترطُ في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصحُّ^(٥) به المسائل الحسابيةُ الفقهية؟ وجهان، حكاهما الأستاذان^(٦): أبو إسحاق الإسفرائيني، وصاحبه أبو منصور البغدادي.

ويشترطُ في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس، حافظاً لمذهب إمامه، ذا خبرة بقواعده، وأساليبه ونصوصه، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لا يحلُّ له الفتوى بمجرد ذلك، ولو وقعت له واقعةٌ، لزمه أن يستفتي فيها، ويلتحق به المتصرفُ البَحاثُ في الفقه من أئمة الخلاف، وفحول المناظرين؛ لأنه ليس أهلاً لإدراك حكم الواقعة استقلالاً؛ لقصور آلتِه، ولا من مذهب إمام؛ لعدم حفظه له على الوجه المعبر.

(١) أهل الأهواء: هم الذين حادوا عن سنن أهل الحق والعدل، كالمعتزلة.

(٢) الخوارج: هم فرقة من المسلمين من أهل الأهواء، لهم مقالة على حدة؛ سُمُّوا بالخوارج لخروجهم على الناس (الخزائن السنية ص: ١٢١)، وانظر: (الملل والنحل: ١ / ١٠٥).

(٣) الشُّرأة: فرقة من الخوارج، سُمُّوا بذلك؛ لأنهم زعموا أنهم شروا أنفسهم بالجنة؛ لأنهم فارقوا أئمة الجور. انظر: (المعجم الوسيط: ١ / ٥٠٠)، و(المصباح: ش ر ي).

(٤) الرافضة: فرقة من الشيعة تجيز الطعن في الصحابة الكرام؛ سمو بذلك لأن أوليهم رفضوا (أي: تركوا) زيد بن علي حين نهاهم عن الطعن في الشيخين (المعجم الوسيط: ١ / ٣٧٣)، وقال

أبو الحسن الأشعري في (مقالات الإسلاميين: ١ / ٨٩): «وإنما سُمُّوا رافضة لرفضهم إمامة أبي بكر وعمر»، وانظر: (المصباح: ر ف ض).

(٥) في (ظ)، والمطبوع: «يصح».

(٦) في المطبوع: «الأستاذ» بدل: «الأستاذان».

وإذا استفتى العامي عمّا لم يقَع، لم يَجِبْ جوابُهُ.

ولا يجوز للمفتي أن يتساهل في فتواه، ومن عَرِفَ بذلك، لم يَجُزْ أن يُسْتَفْتَى.

وتساهله قد يكون بأن لا يَتَبَيَّنَ، ويسرعَ بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر؛ فإن تقدّمت معرفته بالمسؤول عنه، فلا بأس بالإسراع، وعلى هذا يُحْمَلُ ما نقل عن الماضين من المسارعة، وقد يكون تساهله بأن تحمله أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرّمة المكروهة، والتمسك بالشبهة؛ طلباً للترخيص على من يروم نفعه، أو التغليظ على من يروم ضرره، ومن فعل هذا، فلا وثوق به.

وأما إذا صحّ قصده، فاحتسب في طلب حيلة، لا شبهة فيها، ولا تجزّ إلى مفسدة؛ ليخلص بها المُسْتَفْتَى من ورطة^(١) يمين، ونحوها، فذلك حسن، وعليه^(٢) يحمل ما جاء عن بعض السلف من هذا.

وينبغي أن لا يفتي في كلّ حالٍ تغيّر خلقه، وتُشْغِلَ قلبه، وتمنعه التثبت والتأمل، كحالة الغضب، أو الجوع، أو العطش، والحزن، والفرح الغالب، والنعاس، والملاّلة، والمرض المُقْلِق، والحرّ المزعج، ومُدافعة الأخبثين، ونحو ذلك.

ومتى أحسن بشغل قلبه، وخروجه عن الاعتدال، لم يُفْتِ؛ فإن أفتى في شيء من هذه الأحوال، وهو يعتقّد أن ذلك لم يمنعه من إدراك الصواب، صحّت فتواه، وإن كان مخاطراً.

والأولى للمتصدّي للفتوى أن يتبرّع بذلك [١٢٢٧ / ب]، ويجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المال، إلّا إذا تعيّن عليه، وله كفاية، فالصحيح: أنه لا يجوز.

ثم إن كان له رزق لا يجوز له أخذ أجره، وإن لم يكن له رزق، لم يَجُزْ [له^(٣)] أخذ أجره من أعيان المستفتين، كالحاكم.

(١) في المطبوع: « ورطة ».

(٢) في المطبوع: « وعله ».

(٣) ما بين حاصرتين من المطبوع.

واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني^(١) في « حيله »^(٢)، فقال: يقول للمستفتي: يلزموني أن أفتيك قولاً، ولا يلزموني أن أكتب لك، فإن استأجره على الكتابة، جاز، وهذا الذي ذكره، وإن كان مكروهاً، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجرة كتابة ذلك القدر لو^(٣) لم يكن فتوى؛ لئلا يكون أخذاً زيادةً بسبب الإفتاء.

قال الصنمري، والخطيب^(٤)، وغيرهما: ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقاً من أموالهم؛ ليتفرغ لفتاويهم، جاز.

وأما الهدية، فقال أبو المظفر السمعاني^(٥) من أصحابنا: يجوز له قبولها بخلاف الحاكم؛ لأنه يلزم^(٦) حكمه.

قال الشيخ أبو عمرو^(٧): وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد، كما في الحاكم وسائر ما لا يقابل بالأعواض.

قال الخطيب: وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم، أو للفتوى في الأحكام ما يُغنيه عن التكسب، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالألفاظ، كالإيمان، والإقرار، والوصايا، ونحوها، إلا إذا كان من أهل بلد اللفظ، أو نازلاً منزلةً في الخبرة بمرادهم في العادة.

(١) هو محمود بن الحسن الطبري، المشهور بالقزويني.

(٢) في المطبوع: « حيلة »، تصحيف. « الحيل » في الفقه: كتاب لأبي حاتم القزويني، مخطوط في برلين (٤٩٧٤)، وفي شستريتي (٤٤٦٣).

(٣) في المطبوع: « ولو »، الواو إقحام ناسخ.

(٤) الخطيب: هو البغدادي، أبو بكر، أحمد بن علي بن ثابت.

(٥) هو الشيخ الإمام العلامة المفتي، المحدث، فخر الدين، عبد الرحيم أبو المظفر ابن الحافظ الكبير أبي سعد السمعاني. ولد سنة (٥٣٧ هـ). أشغله أبوه بالفقه والحديث والأدب وحصل من كل فن، وانتهت إليه رئاسة الشافعية ببلده، وكان معظماً، محترماً، بصيراً بالمشهد، عُمد في دخول التتار في آخر سنة (٦١٧) أو في أول سنة (٦١٨ هـ)، له ترجمة في (سير أعلام النبلاء: ٢٢ / ١٠٧ - ١٠٩)، وفي حاشيته مصادرها، وهذا العلم فات المصنف ترجمته في « تهذيب الأسماء واللغات » وهو من شرطه.

(٦) في المطبوع: « يلزمه ».

(٧) أبو عمرو: هو الإمام ابن الصلاح.

وليس للمفتي والعامل على مذهب [الإمام]^(١) الشافعي في المسألة ذات الوجهين، أو القولين أن يفتي، أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر، وهذا لا خلاف فيه؛ بل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر منهما إن علمه، وإلا فبالذي رجّحه الشافعي، فإن لم يكن رجّح أحدهما ولا علم السابق، لزمه البحث عن أرجحهما، فيعمل به، فإن كان أهلاً للترجيح^(٢) اشتغل به، متعرفاً ذلك من نصوص الشافعي وماخذه، وقواعده، وإلا فلينقله عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة؛ فإن لم يحصل له ترجيحٌ بطريق، توقّف.

وأما الوجهان فيتعرّف أرجحهما بما سبق، إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد.

وإذا كان أحدهما منصوباً للشافعي، والآخر مُخَرَّجاً، فالمنصوص هو الراجح المعمول به غالباً، كما إذا رجّح الشافعي^(٣) أحد القولين؛ بل هذا أولى.

ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح^(٤) خلافاً للأصحاب في الأرجح من القولين، أو الوجهين، فليعتمد ما صحّحه الأكثرون^(٥)، والأعلم، والأورع؛ فإن تعارض أعلم وأورع، قدّم الأعلم، فإن لم يبلغه عن أحدٍ ترجيح، اعتبر صفات الناقلين للقولين، والقائلين للوجهين، فما رواه البُويطي، والمزني، والرّبيع المُرادي مقدّم عند أصحابنا على ما رواه الرّبيع الجيزي^(٦)، وحرّملة، كذا نقله الخطّابي من أصحابنا، عن أصحابنا، إلا أنه لم يذكر البُويطي، وزدّته أنا؛ لكونه أجلّ من الرّبيع، وأقدم من المزني، وأخص بالشافعي منه.

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في (ظ، أ): « للتخريج ».

(٣) في المطبوع زيادة: « في »، إقحام ناسخ.

(٤) في (ظ، أ): « للتخريج ».

(٥) في المطبوع: « الأكثر ».

(٦) هو الربيع بن سليمان الأزدي الجيزي، صاحب الشافعي كَتَبَهُ، منسوب إلى الجيزة، موضع معروف بمصر، روى عنه: أبو داود السجستاني، والنسائي، والطحاوي، وآخرون، قال الخطيب البغدادي: كان ثقة، وقال مسلمة بن قاسم: « كان رجلاً صالحاً، كثير الحديث، مأموناً، ثقة »، مات في ذي الحجة سنة (٢٥٦ هـ). انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٥ - ٤٥٦)، (وسير أعلام النبلاء: ١٢ / ٥٩١ - ٥٩٢). وفي حاشية الأخير مصادرها.

قال الشيخ أبو عمرو: ويترجَّح أيضاً ما وافق أكثر أئمة المذاهب.

وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان، أحدهما كقول أبي حنيفة رحمته الله وجهين، قال الشيخ أبو حامد: المخالف لأبي حنيفة [رضي الله عنه] أرجح، فلو لم يطلع الشافعي على معنى [١٢٢٨ / ١] مخالف لما خالفه، والصحيح أن الموافق أولى، وبه قال القفال، وهذا إذا لم نجد مرجحاً مما سبق.

ولو تعارض جزم مصنفين، فهو كتعارض الوجهين، فيرجع إلى البحث كما سبق.

ويرجح أيضاً بالكثرة، فإذا جزم مصنفان بشيء، وجزم ثالث مساوٍ لأحدهما بخلافهما، رجحناهما عليه.

واعلم: أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعد مذهبه، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أقنن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالباً إن لم يكن دائماً، وهذا مما يتعلق بما نحن فيه.

ومما ينبغي أن يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمته الله ذكره في بابه ومطنته، والآخر جاء مستطرداً في باب آخر.

واعلم: أن هذا الكتاب الذي اختصرته وهذبته محصل لك جميع ما ذكرته ولا أقول هذا تبجحاً؛ بل نصيحة للمسلمين، ومناصحة للدين، وهما واجبان عليّ وعلى سائر المكلفين.

واعلم: أنه يُكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله: فيه قولان، أو وجهان، أو خلاف، ونحو ذلك؛ فإن هذا ليس جواباً صحيحاً للمستفتي، ولا يحصل به مقصوده، وهو بيان ما يعمل به لما ذكرنا؛ بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح، فإن لم يظهر له الراجح، انتظر ظهوره، أو امتنع من الإفتاء في المسألة، كما فعله كثيرون^(١) من أصحابنا وغيرهم.

واعلم: أنه متى كان قولان: قديمٌ وجديدٌ، فالعمل على الجديد إلا في نحو عشرين، أو ثلاثين مسألة، قد أوضحناها مفصلةً في أول « شرح المذهب » مع

ما يتعلق بها^(١) ويترتب عليها . وبالله التوفيق .

وإذا كان في رُقعة الاستفتاء مسائل، فحسنٌ أن يرتب الجواب على ترتيب الأسئلة .

وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب ؛ فإنه خطأ بالاتفاق ، وليس له أن يكتب الجواب على ما يعلمه من صورة الواقعة إذا لم يكن في الرُقعة تعرض له ؛ بل يذكر جواب ما في الرُقعة ، فإن أراد الجواب على خلاف ما فيها ، فليقل : وإن كان الأمر كذا ، فجوابه كذا .

وإذا كتب الجواب ، أعاد نظره فيه وتأمله .

وإذا كان هو المبتدئ بالإفتاء في الرُقعة ، قال الصَّيْمَرِيُّ وغيره : فالعادة قديماً وحديثاً أن يكتب في الناحية اليسرى ؛ لأنه أمكن .

قال الصَّيْمَرِيُّ وغيره : ولو كتب وسط الرُقعة ، أو [في]^(٢) حاشيتها ، فلا عتب عليه ، ولا يكتب فوق البسملة بحال .

ويستحب عند إرادة الإفتاء أن يستعذ من الشيطان ، ويسمّي الله تعالى ، ويحمده ، ويصلي على النبي ﷺ ، ويقول : لا حول ولا قوة إلا بالله ، ويقول : ﴿ رَبِّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي ﴾ الآية [طه : ٢٥] .

ويستحب أن يكتب في أول فتواه : الحمد لله ، أو : الله الموفق ، أو حسبنا الله ، أو حسبي الله ، ونحو ذلك ، نقل ذلك الصَّيْمَرِيُّ عن كثيرين^(٣) ، وحذفه آخرون .

قال : ولا يدع أن يختم جوابه بقوله : والله أعلم ، أو : وبالله التوفيق ، ونحوه .

قال : ولا يقبح أن يقول : الجواب عندنا ، أو الذي عندنا ، أو الذي نذهب إليه كذا ؛ لأنه من أهله .

قال : وإذا كان السائل قد أغفل الدعاء للمجيب ، أو الصلاة على رسول الله ﷺ ، في آخر الفتوى [١٢٢٨ / ب] ، ألحق المفتي ذلك بخطه ؛ فإن العادة

(١) في المطبوع زيادة : « ويترتب بها » .

(٢) ما بين حاصرتين زيادة من المطبوع .

(٣) في المطبوع زيادة : « قال » .

جاريةً به، ويكتبُ بعدَ: والله أعلم، ونحوه: كتبه فلانٌ، أو فلان ابنُ فلانٍ الفلاني، فينتسبُ إلى ما يعرفُ به من قبيلةٍ، أو بلدٍ، أو غيرهما، ثم ينتسبُ إلى المذهب، فيقول: الشافعي، أو الحنفي، ونحوهما.

قال الصِّمَرِيُّ: وإن كانتِ الفتوى تتعلّقُ بالسُّلطان، دعا له، فقال: وعلى السلطان، أو على وليِّ الأمر، وفقه الله، أو أصلحه الله^(١)، أو سدّده، أو شدّد أزره، ولا يقول: أطال الله بقاءه؛ فليست^(٢) من ألفاظ السلف. وقد نقل النَّحَّاسُ^(٣) اتفاقَ العلماء على كراهة^(٤): «أطال الله بقاءك». وقد أوضحتُ هذه اللفظة، وما يتعلّقُ بها وما^(٥) يشبهها في آخر كتاب «الأذكار»^(٦).

(١) لفظ الجلالة: «الله» ليس في المطبوع.

(٢) في المطبوع: «فإنه ليس» بدل: «فليست».

(٣) في (صناعة الكتاب ص: ١٥٦)، و(النحاس): هو أبو جعفر، أحمد بن محمد بن إسماعيل المرادي المصري المعروف بـ: «النحاس»: نحوي، لغوي، مفسّر، أديب فقيه، كان من أذكيا العالم، وفضلائهم ولد بمصر. ورحل إلى بغداد، فأخذ عن المبرّد والأخفش والزجاج ونفطويه، وغيرهم، ثم عاد إلى مصر فأقام بها، إلى أن توفي بها سنة (٣٣٨ هـ) غرقاً في النيل. من مؤلفاته: «معاني القرآن»، و«صناعة الكتاب». و«شرح المعلقات السبع»، له ترجمة في (السير: ١٥ / ٤٠١ - ٤٠٢)، و(معجم المؤلفين: ٢ / ٨٢ - ٨٣)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهذا الإمام فات المصنف ترجمته في «تهذيب الأسماء واللغات»، وهو من شرطه.

(٤) في المطبوع: «كراهية».

(٥) كلمة: «ما» ساقطة من المطبوع. وجاء في (أ): «وشبهها» بدل: «وما يشبهها».

(٦) قال المصنف في (الأذكار ص: ٤٦٧) بتحقيقي: «الأشهر أنه يكره أن يقال: أطال الله بقاءك، قال أبو جعفر النَّحَّاسُ في كتابه: صناعة الكتاب [ص: ١٥٦]: «كره بعض العلماء قولهم: أطال الله بقاءك، ورخص فيه بعضهم».

قال إسماعيل بن إسحاق: أول من كتب: «أطال الله بقاءك» الزنادقة. وروي عن حمّاد بن سَلَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن مكاتبة المسلمين كانت: من فلان إلى فلان: أما بعد: سلامٌ عليك فإني أحمد إليك الله (أي: أحمد الله معك) الذي لا إله إلا هو، وأسأله أن يصلي على محمد وعلى آل محمد، ثم أدخلت الزنادقة هذه المكاتبات التي أولها: أطال الله بقاءك «ا».

وقال العلامة ابن علّان الصَّدِّيقِيُّ في (الفتوحات الربانية: ٧ / ١٢٢ - ١٢٣): «نازع الأذرعِي في إطلاق الكراهة، واختار أن الدعاء بذلك لأهل الدين والعلم وولاة العدل قُرْبَةً، ولغيرهم مكروه؛ بل حرام».

قلت: عنون البخاري في (صحيحه: ١١ / ١٤٤ - الفتح) في الدعوات باب: دعوة النبي ﷺ لخدمه بطول العمر وكثرة المال. وانظر: (زاد المعاد: ٢ / ٤٧٣)، و(فتح الباري: ٤ / ٢٢٩).

وينبغي أن يختصر جوابه، ويكون بحيث يفهم للعامة فهماً جلياً.

قال الصِّمَرِيُّ، والخطيب^(١)، وغيرهما: وإذا سُئِلَ عَمَّنْ قال: أنا أَصْدَقُ من مُحَمَّدِ بنِ عبدِ اللَّهِ، أو الصلاة لَعُوْ، ونحو هذه العبارات، فلا يبادر بفتواه^(٢): هذا حلالُ الدم، أو عليه القتل؛ بل يقول: إِنَّ ثَبَتَ هذا بإقراره، أو ببيئته، استتابه السلطان؛ فَإِنْ تَابَ، قُبِلَتْ تَوْبَتُهُ، وَإِلَّا فَعَلَ كَذَا وَكَذَا وَأَشْبَحَ القول فيه.

وإن سُئِلَ عن شيء يَحْتَمِلُ وجوهاً، يكفر ببعضها دون بعض، قال: يسأل القائل، فإن قال: أردتُ كذا، فالجوابُ كذا، وإن قال: أردتُ^(٣) كذا، فالجواب كذا.

وإذا سُئِلَ عَمَّنْ قَتَلَ، أو قَلَعَ سِنّاً، أو عَيَّنَا، احتاط في الجواب، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاصُ.

وإذا سُئِلَ عَمَّنْ فَعَلَ ما يقتضي تعزيره، ذكر ما يعزُّرُ به فيقول: ضربهُ السلطانُ ما بين كذا وكذا، ولا يزاُدْ على كذا، وينبغي أن يلصقَ الجواب بآخر الاستفتاء، ولا يَدْعُ بينهما فُرْجَةً؛ مخافةً من^(٤) أن يزيد السائل شيئاً يفسد الجواب.

وإذا كان موضعُ الجواب ورقةً ملصقةً، كتب على موضع الإلصاق، وإذا ضاق آخرُ الورقة عن الجواب، لم يكتبهُ في ورقةٍ أخرى؛ بل في ظهر هذه، أو حاشيتها، وأيهما أَوْلَى؟ فيه ثلاثة أوجه.

ثالثها: هما سواء، والراجحُ أنَّ حاشيتها أَوْلَى، وبه قطع الصِّمَرِيُّ، وغيره.

وليَحْذَرُ أن يميلَ في فتواه مع المستفتي، أو خَصَمِهِ، ووجه الميلِ معروفة.

ومنها: أن يكتبَ ما لَهُ دون ما عليه، وليس له أن يعلمَ أحدهما ما يدفع به حُجَّةَ صاحبه.

وإذا ظهر له أنَّ الجوابَ خلافُ غَرَضِ المستفتي، وأنه لا يرضى بكتابته في

(١) هو الخطيب البغدادي صاحب « تاريخ بغداد ».

(٢) في المطبوع: « بقوله » بدل: « بفتواه ».

(٣) في المطبوع: « أرددت ».

(٤) كلمة « من » ليست في المطبوع.

ورقته، اقتصر على مُشافهته بالجواب، ويجبُ عليه عند اجتماع الرِّقاع أن يقدِّم الأسبق فالأسبق، كالقاضي، وهذا فيما يجب فيه الإفتاء، فإن تساؤوا أو جهل^(١) السابق، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة، والمسافر الذي شدَّ رحله، ويتضرَّر بتخلُّفه عن رُفْقته إلَّا إذا كثَرَ المسافرون والنساء بحيث يتضرَّر غيرُهم تضرُّراً ظاهراً، فيقدِّم حينئذ بالسَّبْق، ثم القرعة، ثم لا يقدِّم أحداً إلا في فتيا واحدة.

قال الصَّيْمَرِيُّ وغيره: وإذا سُئِلَ عن ميراث، فالعادة أن لا يشترط في الورثة عدم الرقِّ، والكفر، والقتل، وغيرهما مما يمنع الإرث؛ بل المطلقُ محمولٌ على ذلك، بخلاف ما إذا أُلْطِقَ الإخوة والأخوات. ولا بد من^(٢) أن يقول في الجواب: من أبوين، أو أب، أو أم. وإذا سُئِلَ عن [١٢٢٩ / ١] المنبرية، وهي: زوجة وأبوان، وبتنان، لا يقول: للزوجة الثمن، ولا التسع؛ لأنه لم يطلقه أحدٌ من السلف؛ بل يقول: لها الثمن عائلاً، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً، أو لها ثلاثة أسهم من سبعة^(٣) وعشرين سهماً^(٤).

وإذا كان في المذكورين من لا يرث أفصح بسقوطه، فقال: وسقط فلان؛ فإن كان سقوطه في حالٍ دون حالٍ، قال: وسقط فلان في هذه الحالة، ونحو ذلك؛ لئلاً يتوهم أنه لا يرث بحالٍ.

[قال]^(٥): وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المُناسخات.

قال الصَّيْمَرِيُّ وغيره: وحسن أن يقول: تُقسَّم التركة بعد إخراج ما يجبُ تقديمه من دين، أو وصية إن كانا.

قالوا: وإذا رأى في الرُّقعة فتوى غيره ممَّن هو أهلٌ للإفتاء، وخطئه موافق لما عنده، كتب تحته: الجواب صحيح، أو: جوابي مثل هذا، أو: بهذا أقول، وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق.

(١) في المطبوع: « وجهل ».

(٢) كلمة: « من » ليست في المطبوع.

(٣) في (ظ، أ): « ثلاثة ».

(٤) كلمة: « سهماً » ليست في (ظ).

(٥) ما بين حاصرتين من المطبوع.

وإن كان فيها خَطٌّ مَنْ ليس بأهلٍ، قال الصَّيْمَرِيُّ، وغيرُهُ: لم يُفْتِ معه؛ لأن ذلك تقريرٌ للخطأ؛ بل يضربُ عليه، وينهرُ المستفتي، ويعرفُهُ قُبْحَ ما فعلَهُ، وأنه كان واجباً عليه البحثُ عن أهلِ الفتوى.

وإن رأى فيها اسمَ مَنْ لا يعرفه، سأل عنه؛ فإن لم يعرفهُ، فله الامتناعُ؛ خوفاً ممَّا قلناه. والأوَّلُ أَنْ يأمَرَ صاحبها بإبدالها، فإن أبى، أجابه شَفَاهاً، وإذا خاف فتنةَ مَنْ الضربِ عليها، ولم تكن فتياه خطأ، امتنع من الإفتاءِ معه.

وهل يجوزُ للعاميِّ أَنْ يتخيَّرَ ويقلِّدَ أيَّ مذهبٍ شاء؟ نُظِرَ:

إن كان منتسباً إلى مذهب، بُني على وجهين، حكاهما القاضي حُسَيْن في أن العاميِّ هل له مذهب، أم لا؟.

أحدهما: لا؛ لأن المذهبَ لعارِفِ الأدلَّة، فعلى هذا: له أَنْ يستفتي مَنْ شاء.

وأصحُّهما، عند القَفَّال: له مذهبٌ، فلا تجوزُ مخالفته.

وإن لم يكن منتسباً إلى مذهب^(١)، بني على وجهين، حكاهما ابنُ بَرَهَانَ^(٢)، بفتح الباء، من أصحابنا: في أَنَّ العاميِّ هل يلزمُهُ التقيُّدُ بمذهبٍ معينٍ؟ أحدهما: لا، فعلى هذا: هل له أَنْ يقلِّدَ مَنْ شاء، أم يبحثُ عن أسَدٍ^(٣) المذاهب، فيقلِّدَ أهله؟ وجهان، كالبحثِ عن الأَعْلَم.

والثاني: وبه قطعَ أبو الحسنِ، الكِنْيَا^(٤): يلزمُهُ. وهو جارٍ في كل مَنْ يبلغُ رتبةَ

(١) قوله: «إلى مذهب» ليس في (أ)، ولا المطبوع.

(٢) هو أبو الفتح، أحمد بن علي بن محمد، المعروف بـ: «ابن بَرَهَانَ» بفتح الباء وسكون الراء: فقيه شافعي، ولد ببغداد سنة (٤٤٤ هـ) وقيل سنة: (٤٧٩ هـ): كان متبحراً في الأصول والفروع، والمتقو والمختلف. وكان ذكياً يضرب به المثل في حل الإشكال، تفقَّهُ على أبي حامد الغزالي، وأبي بكرٍ الشاشي، والكِنْيَا أبي الحسن الهَرَّاسي، وصار ماهراً في فنونه، ولي التدريس بالمدرسة النظامية ببغداد دون الشهر، ومات سنة (٥٢٠ هـ) ببغداد. من مؤلفاته: «الوجيز في أصول الفقه»، و«البسيط»، و«الوسيط». له ترجمة في (وفيات الأعيان: ١ / ٩٩)، وفي (الذيل على طبقات ابن الصلاح: ٢ / ٧١٢)، وفي حاشيتيهما مصادرها. وهذا العلم لم يورده العلامة النووي في «تهذيب الأسماء واللغات»، وهو من شرطه.

(٣) في (ظ): «أشد».

(٤) هو عماد الدين، علي بن محمد الطبري، المعروف بـ: «الكِنْيَا الهَرَّاسي» الأصولي، المتكلم، =

الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم؛ لئلا يتلَقَطَ رُخَصَ المذاهب بخلاف العصر الأول، فلم^(١) تكن مذاهب مدونة، فيتلقَطَ رُخَصُها. فعلى هذا: يلزمه أن يختار مذهباً يقلِّده في كُلِّ شيء، وليس له التمهُّدُ بمجرد التشهي، ولا بما وجد عليه أباه، هذا كلام الأصحاب. والذي يقتضيه الدليل: أنه لا يلزمه التمهُّدُ بمذهب؛ بل يستفتي مَنْ شاء، أو من اتفق، لكن من غير تلَقُّطٍ للرُّخَصِ، ولعلَّ مَنْ منعه لم يَثِقْ بعدم تلَقُّطه.

وإذا استفتي فأفتاه^(٢) المفتي، فقال أبو المظفر السَّمْعَانِي: لا يلزمه العمل به إلا بالتزامه^(٣).

قال: ويجوز أن يقال: يلزمه إذا أخذ في العمل به.

وقيل: يلزمه إذا وقع في نفسه صحته.

قال: وهذا أولى الأوجه، والمختار ما نقله الخطيب، وغيره، أنه إذا لم يكن هناك مُفْتٍ آخر، لزمه بمجرد فتواه، وإن لم تسكن نفسه.

وإن كان هناك آخر لم يلزمه بمجرد إفتائه؛ إذ له أن يسأل [١٢٢٩ / ب] غيره، وحينئذ فقد يخالفه، فيجزي فيه الخلاف السابق في اختلاف المفتيين.

= القاضي، الفقيه الشافعي. قال ابن خلكان في (وفيات الأعيان: ٣ / ٢٨٩): «ولم أعلم لأي معنى قيل له: الكيا، وفي اللغة العجمية: الكيا: هو الكبير القدر، المقدم بين الناس، وهو بكسر الكاف، وفتح الياء المشأنة من تحتها، وبعدها ألف». وقال الزركلي في (الأعلام: ٤ / ٣٢٩): «والهَرَّاسِي فارسيّة بمعنى الذعر». ولد الكيا في طبرستان سنة (٤٥٠ هـ)، وسكن بغداد فدرّس بالنظامية، ووعظ، وكان حسن الوجه، جهوري الصوت، فصيح العبارة، حلو الكلام، محدثاً يستعمل الأحاديث في مناظراته ومجالسه، ومن كلامه: إذا جالت فُرُسان الحديث في ميادين الكفاح، طارت رؤوس المقاييس في مهاب الرياح. وكان الكيا من رؤوس معيدي إمام الحرمين في الدرس، وكان ثاني أبي حامد الغزالي، مات ببغداد سنة (٥٠٤ هـ)، من كتبه: «أحكام القرآن» و«شفاء المسترشدين في مباحث المجتهدين»، و«التعليق في أصول الفقه»، له ترجمة في (وفيات الأعيان: ٣ / ٢٨٦ - ٢٩٠)، و(طبقات ابن هداية الله ص: ١٩١ - ١٩٢)، وفي حاشيتهما مصادرها. وهذا العلم لم يترجم له العلامة النووي في «تهذيب الأسماء واللغات»، وهو من شرطه.

(١) في المطبوع: «ولم».

(٢) في المطبوع: «وأفتاه».

(٣) في المطبوع: «بإلزامه».

وينبغي للمستفتي أن يبدأ مِنَ الْمُفْتَيْنِ بِالْأَسَنِّ الْأَعْلَمِ، وبِالْأَوَّلَى فِالْأَوَّلَى، إِنَّ^(١) أَرَادَ جَمْعَهُمْ فِي رُقْعَةٍ، وَإِنْ أَرَادَ إِفْرَادَهُمْ فِي رِقَاعٍ، بِدَأْ بِمَنْ شَاءَ، وَتَكُونُ رُقْعَةٌ الْاسْتِفْتَاءُ وَاسِعَةً، وَيَدْعُو فِي الْوَرَقَةِ لِمَنْ يَسْتَفْتِيهِ، وَيَدْفَعُ الْوَرَقَةَ إِلَى الْمَفْتِي مَنْشُورَةً، وَيَأْخُذُهَا مَنْشُورَةً، فِيرِيحُهَا مِنْ نَشْرِهَا وَطَيِّهَا.

وَإِذَا لَمْ يَجِدْ صَاحِبَ الْوَاقِعَةِ مُفْتِيًّا فِي بَلَدِهِ، وَلَا غَيْرِهِ، وَلَا مَنْ يَنْقُلُ لَهُ^(٢) حَكْمَهَا، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَمْرٍو^(٣): هَذِهِ مَسْأَلَةُ فَتْرَةِ الشَّرِيعَةِ الْأُصُولِيَّةِ، وَحَكْمُهَا حَكْمٌ مَا قَبْلَ وَرُودِ الشَّرْعِ، وَالصَّحِيحُ فِي كُلِّ ذَلِكَ؛ أَنَّ لَا تَكْلِيفَ وَلَا حَكْمَ فِي حَقِّهِ أَصْلًا، فَلَا يُؤَاخَذُ إِذَا صَاحِبُ الْوَاقِعَةِ شَيْءٍ يَصْنَعُهُ^(٤). فَهَذَا آخِرُ النَّبَذِ الَّتِي يَسَّرَ اللَّهُ الْكَرِيمُ إِحْقَاقَهَا، وَهِيَ وَإِنْ كَانَتْ طَوِيلَةً بِالنِّسْبَةِ إِلَى هَذَا الْمَخْتَصَرِ، فَهِيَ قَصِيرَةٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا ذَكَرْتَهُ فِي «شَرْحِ الْمَهَذَّبِ»، وَمَوْضِعُ بَسْطِهَا، وَالزِّيَادَاتُ، وَالْفُرُوعُ هُنَاكَ. وَهَذَا الْفَضْلُ مِمَّا يَكْثُرُ الْإِحْتِيَاجُ إِلَيْهِ، فَهَذَا بِسَطْنَاهُ أَدْنَى بَسْطٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

المسألة الثالثة: يَسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يَأْذَنَ لِلْقَاضِي فِي الْإِسْتِخْلَافِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ، فَلَهُ حَالَانِ.

أحدهما: أَنْ يُطْلَقَ التَّوْلِيَّةُ، وَلَا يَنْهَاهُ عَنِ الْإِسْتِخْلَافِ؛ فَإِنْ أَمَكَّنَهُ الْقِيَامُ بِمَا تَوَلَّاهُ، كَقَضَاءِ بَلَدٍ صَغِيرَةٍ، فَلَيْسَ لَهُ الْإِسْتِخْلَافُ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ، كَقَضَاءِ بَلَدَيْنِ أَوْ بَلَدٍ كَبِيرٍ، فَلَهُ الْإِسْتِخْلَافُ فِي الْقَدْرِ الزَّائِدِ عَلَى مَا يُمْكِنُهُ، وَلَيْسَ لَهُ الْإِسْتِخْلَافُ فِي الْمُمْكِنِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَالْقِيَاسُ فِيمَا إِذَا أْذِنَ لَهُ أَنْ يَكُونَ فِي الْقَدْرِ الْمُسْتَخْلَفِ فِيهِ هَذَانِ الْوَجْهَانِ، إِلَّا أَنْ يَصْرَحَ بِالْإِسْتِخْلَافِ فِي الْجَمِيعِ.

وَقَطَعَ ابْنُ كَيْسٍّ بِالْجَوَازِ فِي الْكُلِّ عِنْدَ مُطْلَقِ الْإِذْنِ.

الحال الثاني: أَنْ يَنْهَاهُ عَنِ الْإِسْتِخْلَافِ، فَلَا يَجُوزُ الْإِسْتِخْلَافُ؛ فَإِنْ كَانَ مَا فَوَّضَهُ إِلَيْهِ لَا يُمْكِنُهُ الْقِيَامُ بِهِ، فَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ: هَذَا النِّهْيُ كَالْعَدَمِ، وَالْأَقْرَبُ أَحَدُ أَمْرَيْنِ: إِمَّا بِطَلَانِ التَّوْلِيَّةِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ، وَإِمَّا اقْتِصَارَهُ عَلَى الْمُمْكِنِ، وَتَرْكُ الْإِسْتِخْلَافِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «فَإِنْ».

(٢) كَلِمَةٌ: «لَهُ» لَيْسَتْ فِي الْمَطْبُوعِ.

(٣) هُوَ الْحَافِظُ ابْنُ الصَّلَاحِ.

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «شَيْءٍ صَنَعَهُ».

قلت: هذا أرجحُهُما. والله أعلم.

وجميع ما ذكرناه في الاستخلاف العام، وأما^(١) في الأمور الخاصة؛ كتحليف وسماع بيّنة، فقطع القفال بجوازه؛ للضرورة.

وقال غيره: هو على الخلاف، وهو مقتضى إطلاق الأكثرين.

فُرُوعُ

أحدها: يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي.

قال الشيخ أبو محمد، وغيره: فإن فوّض إليه أمراً خاصاً، كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب حتّى إنّ نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سماع البيّنة ونقلها دون الحكم، كفاه العلم بشروط سماع البيّنة، ولا يشترط فيه رتبة الاجتهاد.

الثاني: قال الرؤياني^(٢) في «التجربة»: نصّ الشافعي رحمه الله في «المبسوط»^(٣) يدلّ على أنّ الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من يخالفه، والمعروف في المذهب خلافه؛ لأن الحاكم يعمل باجتهاده حتّى لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده، ويحكم باجتهاد المنيب لم يجز، وكذا إذا جوّزنا تولية المقلّد للضرورة، فاعتقاد المقلّد في حقّه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز [١٢٣٠ / ١] أن يشترط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلّده، فلو خالف، وشرط القاضي الحنفي على النائب الشافعي الحكم بمذهب أبي حنيفة، قال في «الوسيط»: له الحكم في المسائل التي اتفق عليها الإمامان دون المختلف فيها، وهذا حكم منه بصحة الاستخلاف، لكن قال الماوردي، وصاحب «المهذب»^(٤)، و«تهذيب» وغيرهم: لو قلّد الإمام رجلاً للقضاء على أن يقضي بمذهب عينه، بطل التقليد. ومقتضى هذا: بطلان الاستخلاف هناك.

(١) في (أ)، والمطبوع: «أما بدون الواو».

(٢) هو القاضي الروياني، صاحب «البحر».

(٣) المبسوط: صنّفه الإمام حرملة بن يحيى، أحد رواة كتب الشافعي رحمه الله. انظر: «تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٨٧ - ٣٨٨».

(٤) انظر: «المهذب: ٥ / ٤٧٤».

وفي « فتاوى القاضي حُسين »: أن الإمامَ الحنفيَّ لو وُلِّيَ شافعياً بشرط أن لا يقضيَ بشاهدٍ ويمينٍ، ولا على غائبٍ، صحَّت التوليةُ، ولغَا الشرطُ، فيَقضي بما أدَّى إليه اجتِهادهُ، ومُقْتضى هذا: أن لا يراعى الشرط هناك .

قال الماورديُّ: ولو لم تجرِ صيغةُ الشرطِ؛ بل قال الإمامُ: قلدتُك القضاءَ، فاحكم بمذهب الشافعيِّ، ولا تحكم بمذهب أبي حنيفةَ، صحَّ التقليدُ، ولغَا الأمرُ والنهيُّ، وفيه احتمال .

قال: ولو قال: لا تحكم في قتل المسلم بالكافرِ، والحُرِّ بالعبدِ، جازَ، وقد قصر عمله على باقي الحوادثِ .

وحكى وجهين فيما لو قال: لا تقض فيهما بقصاصٍ: أنه يلغو، أم يكون منعاً له من^(١) الحكم في القصاص؛ نفياً وإثباتاً .

الثالث: حيث منَعنا الاستخلافَ، فاستخلفَ، فحكمُ الخليفةِ باطل، لكن لو تراضى خصمانِ بحُكمه، كان كالمُحكَّم وليس للقاضي إنفاذُ حكمه؛ بل يستأنفُ الحكمَ بينهما .

وإذا جوَّزنا الاستخلافَ، فاستخلفَ مَنْ لا يصلحُ للقضاء، فحكمُه باطل أيضاً، ولا يجوزُ إنفاذهُ .

المسألة الرابعة: إذا نصبَ الإمامُ قاضيين في بلدٍ واحدٍ، نُظِرَ: إنْ خَصَّ كُلَّ واحدٍ بطرفٍ منه، أو بزمانٍ، أو جعلَ أحدهما قاضياً في الأموالِ، والآخرَ في الدماءِ والفروجِ، جازَ .

قال ابنُ كَـجَّ: وكذا لو ولَّاهما على أن يحكم كُلُّ واحدٍ منهما في الواقعة التي يرفعها المتخاصمانِ إليه .

وإن عمَّ ولايتهما؛ مكاناً وزماناً وحادثَةً؛ فإن شرطَ عليهما الاجتماعَ في الحكم، لم يَجْزُ؛ لأنَّ الخلافَ يكثرُ في محلِّ الاجتهادِ، فتتعطَّلُ الحكوماتُ، وإن أثبتَ لكلِّ واحدٍ الاستقلالَ، فوجهان .

(١) في المطبوع: « في » .

أحدهما: لا يجوز كالإمامة العظمى، فعلى هذا: إن ولأهما معاً، بطلت توليتهما، وإن ولأهما متعاقبين، صحّت تولية الأول دون الثاني.

وأصحهما: الجواز، كالوكيلين والوصيين، فعلى هذا: لو تنازع الخصمان في إجابة داعي القاضيين يُجاب مَنْ سبق دأعيه، فإن جاء معاً أقرع، وإن تنازعا في اختيار القاضيين، فقد أطلق الغزالي أنه يقرع.

وقال الماوردي: القول قول الطالب دون المطلوب؛ فإن تساويا، حَضَرا عند أقرب القاضيين إليهما، فإن استويا في القُرب فالأصح أنه يقرع، وقيل: يمتنع من التخاصم حتّى يتفقا على أحدهما، وإن أطلق نصب قاضيين، ولم يشرط اجتماعهما، ولا استقلالهما، فقال^(١) صاحب «التقريب»: يحمل على إثبات الاستقلال؛ تنزيلاً للمطلق على ما يجوز.

وقال غيره: التولية باطلة حتّى يصرح بالاستقلال.

قلت: قول صاحب «التقريب» [١٢٣٠ / ب] أصح، وبه قطع الرافعي في «المحرّر». والله أعلم.

الخامسة: هل يجوز أن يُحكّم الخصمان رجلاً غير القاضي؟ وهل لحكمه بينهما اعتبار؟ قولان.

أظهرهما عند الجمهور: نعم، وخالفهم الإمام^(٢) والغزالي، فرجّحا المنع. وقيل: القولان في الأموال فقط، فأما النكاح واللعان، والقصاص، وحدّ القذف، وغيرها، فلا يجوز فيها التحكيم قطعاً، والمذهب: طرد القولين في الجميع، وبه قطع الأكثرون، ولا يجري^(٣) في حدود الله تعالى على المذهب؛ إذ ليس لها طالب معيّن.

وفي «التهذيب»^(٤) وغيره ما يقضي ذهاب بعضهم إلى طرد الخلاف فيها، وليس بشيء.

(١) في المطبوع: «قال».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٨٢).

(٣) في المطبوع، و(أ): «ولا يجزى».

(٤) انظر: «التهذيب: ٨ / ١٩٧».

وقيل : القولان في التحكيم في حقوق الأدميين مخصوصان بما إذا لم يكن في البلد قاضٍ ، فإن كان لم يَجْزُ .

وقيل : هما إذا كان قاضٍ ، وإلا فيجوزُ قطعاً ، والمذهبُ طَرُدُهُما في الحالين ، فإذا جَوَّزْنَا التحكيمَ اشترطَ في المُحَكِّم صفات القاضي ، ولا ينفذُ حكمه إلا على مَنْ رضي بحكمه حتَّى لا تُضَرَّبَ ديةُ الخطأ على العاقلة إذا لم يرضوا بحكمه ، ولا يكفي رضا القاتل ، وقيل : يكفي ، والعاقلة تَبَعُ له ، والصحيحُ : الأولُ .

قال السَّرْحَسِيُّ^(١) : الخلاف مخصوصٌ بقولنا : تجبُ الديةُ على الجاني ، ثم تَحْمِلُهَا العاقلةُ ، فإن قلنا : تجبُ عليها ابتداءً لم تُضَرَّبَ عليهم إلا بِرِضَاهُمْ قطعاً ، وهذا حَسَنٌ .

قال السَّرْحَسِيُّ : وإنما يشترطُ رضا المتحاكَمين إذا لم يكن أحدهما القاضي نفسه ، فإن كان ، فهل يشترطُ رضا الآخر ؟ فيه اختلافٌ نصٌّ ، والمذهبُ : أنه لا يشترطُ ، وليَكُنْ هذا مبنياً على جَوَازِ الاستخلافِ إن جاز ، فالمرجوعُ إليه نائبُ القاضي .

قال : ويشترطُ على أحدِ الوجهين كونُ المتحاكَمين بحيثُ يجوزُ للمحكِّم أن يحكمَ لكلٍّ واحدٍ منهما ، فإن كان أحدهما ابنةً ، أو أباه ، لم يَجْزُ . وليس للمحكِّم الحبسُ ؛ بل غايتهُ الإثباتُ والحكمُ .
وقيل : يحبسُ وهو شاذٌ .

وهل يلزمُ حكمهما^(٢) بنفسِ الحكم ، كحكم القاضي ، أم لا يلزم^(٣) إلا بتراضيهما بعد الحكم ؟ فيه قولان ، ويقال : وجهان .
أظهرهما : الأولُ .

ومتى رجعَ أحدهما قبل الحكم ، امتنعَ الحكمُ حتَّى لو أقامَ المدَّعي شاهدين ، فقال المدَّعي عليه : عزلْتُكَ ، لم يكن له أن يحكمَ .

جاء في

(١) السَّرْحَسِيُّ : هو أبو الفَرَجِ الرَّازِ ، عبد الرحمن بن أحمد .

(٢) في (فتح العزيز : ١٢ / ٤٣٧) : « حكمُهُ » .

(٣) في المطبوع : « لا يلزمه » .

وقال الإصطخري: **إِنْ أَحَسَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْحَكْمِ فَرَجَعَ، ففِي تَمَكِينِهِ مِنَ الرُّجُوعِ وَجْهَانِ خَرَجَهُمَا، وَالْمَذْهَبُ: الْأَوَّلُ.**

وَإِذَا جَوَّزْنَا التَّحْكِيمَ فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ، فَخُطِبَ امْرَأَةً، وَحُكِّمَ رَجُلًا فِي التَّرْوِيجِ، كَانَ لَهُ أَنْ يَزَوِّجَ، قَالَ الرُّوْيَانِيُّ: وَهَذَا هُوَ الْأَصَحُّ، وَاخْتِيَارُ الْأُسْتَاذِينَ: أَبِي إِسْحَاقَ الْإِسْفَرَايِينِي، وَأَبِي طَاهِرِ الزَّيَّادِيِّ، وَغَيْرُهُمَا مِنَ الْمَشَايخِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِيهِ التَّحْكِيمُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيُّ خَاصٍّ مِنْ نَسَبٍ، أَوْ مُعْتَقٍ، وَشَرَطَ فِي «بَعْضِ الشُّرُوحِ» أَنْ لَا يَكُونَ هُنَاكَ قَاضٍ.

وَحَكَى صَاحِبُ «الْعُدَّةِ» الْقَاضِي أَبُو الْمَكَارِمِ الطَّبْرِيُّ^(١) ابْنُ أُخْتِ الرُّوْيَانِيِّ وَجْهَيْنِ فِي اشْتِرَاطِهِ، وَلِيَكُنْ هَذَا مَبْنِيًّا عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَفْرَقُ فِي التَّحْكِيمِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي الْبَلَدِ قَاضٍ، أَمْ لَا؟ وَإِذَا رَفَعَ حَكْمَ الْمَحْكَمِ إِلَى الْقَاضِي، لَمْ يَنْقُضْهُ إِلَّا بِمَا يَنْقُضُ قَضَاءَ غَيْرِهِ.

المسألة السادسة: في أحكامٍ منثورةٍ تتعلق بالتولية.

يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ نَصْبُ الْقَاضِي فِي كُلِّ بَلَدَةٍ وَنَاحِيَةٍ خَالِيَةٍ عَنْ قَاضٍ؛ فَإِنْ عَرَفَ حَال مَنْ يُولِّيهِ عَدَالَةً وَعِلْمًا، فَذَلِكَ، وَإِلَّا أَحْضَرَهُ [١٢٣١ / ١]، وَجَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعُلَمَاءِ؛ لِيَعْرِفَ عِلْمَهُ، وَيَسْأَلَ عَنْ سِيرَتِهِ وَجِرَانِهِ وَخُلُطَاءِهِ، فَلَوْ وَلَّى مَنْ لَا يَعْرِفُ حَالَهُ، لَمْ تَنْعَقِدْ تَوَلِيَّتُهُ، وَإِنْ عِلِمَ بَعْدَ ذَلِكَ كَوْنَهُ بِصِفَةِ الْقَضَاءِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الْإِمَامُ نَصْبَ الْقَاضِي إِلَى وَالِي الْإِقْلِيمِ، وَأَمِيرِ الْبَلَدَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَجْعُولُ إِلَيْهِ صَالِحًا لِلْقَضَاءِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مَخْصُصٌ، وَكَذَا لَوْ فَوَّضَ إِلَى وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ اخْتِيَارَ قَاضٍ. ثُمَّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ وَالِدَهُ، وَلَا وَلَدَهُ، كَمَا لَا يَخْتَارُ نَفْسَهُ. وَكَذَا^(٢) لَوْ قَالَ لِأَهْلِ بَلَدٍ: اخْتَارُوا رَجُلًا مِنْكُمْ، وَقَلَّدُوهُ الْقَضَاءَ، قَالَ ابْنُ كَيْجٍ: جَازَ عَلَى الْأَصَحِّ.

وَيَشْتَرُطُ فِي التَّوَلِيَةِ تَعْيِينَ مُحَلٍّ وَلَايَتِهِ مِنْ قَرْيَةٍ، أَوْ بَلَدَةٍ، أَوْ نَاحِيَةٍ، وَيَشْتَرُطُ

(١) أَبُو الْمَكَارِمِ الطَّبْرِيُّ: هُوَ عَبْدُ اللَّهِ أَوْ إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَلِيٍّ الرُّوْيَانِيُّ، لَمْ يَذْكُرُوا تَارِيخَ وَفَاتِهِ، وَهُوَ ابْنُ أُخْتِ الْقَاضِي أَبِي الْمَحَاسَنِ عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ إِسْمَاعِيلِ صَاحِبِ «الْبَحْرِ» الْمُتَوَفَّى سَنَةَ (٥٠١ هـ). انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٥٨٥).

(٢) كَلِمَةٌ: «كَذَا» لَيْسَتْ فِي الْمَطْبُوعِ.

تعيينُ المؤلَّى، فلو قال: وَلَيْتُ أَحَدَ هَٰذَيْنِ، أَوْ مَنْ رَغِبَ فِي الْقَضَاءِ ببلدٍ كذا من عُلَمَائِهَا، لَمْ يَجُزْ.

ولو قال: فَوُضِّتِ الْقَضَاءُ إِلَى فُلَانٍ وَفُلَانٍ، فَهَٰذَا نَصَبٌ قَاضِيَيْنِ.

وفي «الأحكام السُّلطانية» للقاضي الماوردي: أَنَّ تَوَلِيَةَ الْقَضَاءِ تَتَعَقَّدُ بِمَا تَتَعَقَّدُ بِهِ الْوَكَالَةُ، وَهُوَ الْمَشَافَهَةُ بِاللَّفْظِ، وَالْمُرَاسَلَةُ، وَالْمَكَاتَبَةُ عِنْدَ الْغَيْبَةِ. وَيَجِيءُ فِي الْمُرَاسَلَةِ وَالْمَكَاتَبَةِ خِلَافٌ [كَمَا سَبَقَ فِي الْوَكَالَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمَذْهَبُ الصَّحَّةَ] كَمَا ذَكَرَهُ.

وفيه: أَنَّ صَرِيحَ اللَّفْظِ: وَلَيْتَكَ الْقَضَاءَ، وَاسْتَخْلَفْتُكَ، وَاسْتَنْبَتُكَ، وَلَمْ يَذْكُرِ التَّفْوِيضَ بِصِيغَةِ الْأَمْرِ، كَقَوْلِهِ: أَقْضِ بَيْنَ النَّاسِ، أَوْ احْكُمْ ببلدٍ كذا، وَهُوَ مُلْحَقٌ بِالصَّرَائِحِ، كَمَا فِي الْوَكَالَةِ.

وفيه: أَنَّ الْكِنَايَاتِ: اعْتَمَدْتُ عَلَيْكَ فِي الْقَضَاءِ، أَوْ رَدَدْتُهُ إِلَيْكَ، أَوْ اعْتَمَدْتُ، أَوْ فَوَّضْتُ، أَوْ وَكَّلْتُ، أَوْ أَسْنَدْتُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَقْتَرَنَ بِهَا مَا يُلْحَقُهَا بِالصَّرَائِحِ وَلَا يَكَادُ يَتَضَعُ فَرْقٌ بَيْنَ: وَلَيْتَكَ الْقَضَاءَ، وَفَوَّضْتُهُ إِلَيْكَ.

قلتُ: الْفَرْقُ وَاضِحٌ؛ فَإِنْ قَوْلُهُ: وَلَيْتَكَ مَتَعَيْنَ لَجَعْلِهِ قَاضِيًا، وَفَوَّضْتُ إِلَيْكَ مُحْتَمَلٌ لِأَنَّ^(١) يَرَادُ تَوَكِيلُهُ فِي نَصَبِ قَاضٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وفيه: أَنَّ عِنْدَ الْمُشَافَهَةِ يَشْتَرُطُ الْقَبُولُ عَلَى الْفَوْرِ، وَفِي الْمُرَاسَلَةِ وَالْمَكَاتَبَةِ لَا يَشْتَرُطُ الْفَوْرُ، وَقَدْ سَبَقَ فِي الْوَكَالَةِ خِلَافٌ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ، وَأَنَّهُ إِذَا اشْتَرَطَ، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَعْتَبَرُ الْفَوْرُ، فَلْيَكُنْ هَكَذَا هُنَا.

فَرْعٌ: يَجُوزُ تَعْمِيمُ التَّوَلِيَةِ وَتَخْصِيصُهَا، إِمَّا فِي الْأَشْخَاصِ؛ بَأَنْ يُوَلِّيَهُ الْقَضَاءَ بَيْنَ سَكَّانٍ مُحَلَّةٍ، أَوْ قَبِيلَةٍ، أَوْ فِي خُصُومَاتِ شَخْصَيْنِ مُعَيَّنَيْنِ، أَوْ وَلَاءَهُ الْقَضَاءَ بَيْنَ مَنْ يَأْتِيهِ فِي دَارِهِ، أَوْ فِي مَسْجِدِهِ مِنَ الْخُصُومِ، وَإِمَّا فِي الْحَوَادِثِ بَأَنْ يُوَلِّيَهُ الْقَضَاءَ فِي الْأَنْكِحَةِ دُونَ الْأَمْوَالِ، أَوْ عَكْسَهُ، أَوْ فِي قَدَرٍ مُعَيَّنٍ مِنَ الْمَالِ، وَإِمَّا فِي طَرَفِ الْحُكْمِ بَأَنْ يُوَلِّيَهُ الْقَضَاءَ بِالْإِقْرَارِ دُونَ الْبَيِّنَةِ أَوْ عَكْسَهُ، وَإِمَّا فِي الْأَمَكَةِ وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَإِمَّا فِي الْأَزْمَنَةِ؛ بَأَنْ يُوَلِّيَهُ سَنَةً، أَوْ يَوْمًا مُعَيَّنًا، أَوْ يَوْمًا سَمَاءً مِنْ كُلِّ أُسْبُوعٍ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَنْ».

وحكى ابنُ كَجَّ وجهاً: أنه إذا قال: وَلَيْتَكَ سَنَةً، بَطَلَتِ التَّوْلِيَةُ كما في الإمامة، والمذهبُ الأولُ، كالوكالة، ولو كان كالإمامة، لما جازَ باقي التخصيصات.

وَمَنْ وَلِيَ [القضاء] مُطْلَقاً، اسْتِفَادَ سَمَاعَ الْبَيِّنَةِ، وَالتَّحْلِيفَ، وَفَضَلَ الْخُصُومَاتِ بِحُكْمِ بَاتٍ، أَوْ إِصْلَاحٍ عَنْ تَرَاضٍ، وَاسْتِيفَاءَ الْحَقُوقِ وَالْحَبْسَ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَالتَّعْزِيرَ، وَإِقَامَةَ الْحُدُودِ، وَتَرْوِيجَ مَنْ لَيْسَ لَهَا وَلِيُّ حَاضِرٌ^(١)، وَالْوَلَايَةَ فِي مَالِ الصَّغَارِ، وَالْمَجَانِينِ، وَالسَّفَهَاءِ، وَالنَّظَرَ فِي الضُّوَالِ، وَفِي الْوُقُوفِ^(٢)؛ حِفْظاً لِلْأَصُولِ، وَإِصْلَاحاً لِلْغَلَاتِ إِلَى مَصَارِفِهَا بِالْفَحْصِ عَنْ حَالِ الْمُتَوَلَّى إِذَا كَانَ لَهَا مُتَوَلٍّ، وَبِالْقِيَامِ بِهِ [١٢٣١ / ب] إِذَا لَمْ يَكُنْ.

قال الماوردي: ويعمُّ نظره في الوُقُوف العامة والخاصة؛ لأن الخاصة ستنتهي إلى العموم، والنَّظَرُ فِي الْوَصَايَا، وَتَعْيِينَ الْمَصْرُوفِ إِلَيْهِ، إِنْ كَانَتْ لجهةٍ عامَّةٍ بِالْقِيَامِ بِهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ وَصِيٌّ، وَبِالْفَحْصِ عَنْ حَالِهِ إِنْ كَانَ، وَالنَّظَرَ فِي الطُّرُقِ، وَالْمَنْعَ مِنَ التَّعَدِّي فِيهَا بِالْأَبْنِيَةِ، وَإِشْرَاعَ مَا لَا يَجُوزُ إِشْرَاعُهُ.

قال القاضي أبو سَعْدٍ الْهَرَوِيُّ: وَنَضَبَ الْمُفْتِينَ وَالْمُحْتَسِبِينَ وَأَخَذَ الزُّكُوتَ. وَفَضَّلَ الْمَاوَرِدِيُّ أَمَرَ الزُّكُوتِ، فَقَالَ: إِنْ^(٣) أَقَامَ الْإِمَامُ لَهَا نَظراً خَرَجَتْ عَنْ عُمُومِ وَلَايَةِ الْقَاضِي، وَإِلَّا فَوَجْهَانِ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَطْرُدَ هَذَا التَّفْصِيلُ فِي الْمُحْتَسِبِينَ، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي إِمَامَةِ^(٤) صَلَاةِ الْجُمُعَةِ وَالْعِيدِ.

ويقربُ من هذه الأمورِ نصبُ الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جباية الجزية، والخراج بالتولية المطلقة على الأصح.

الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي الْعَزْلِ وَالْإِنْغِزَالِ.

وفيه مسائل:

الأولى: إِذَا جُنَّ، أَوْ أَغْمِيَ عَلَيْهِ، أَوْ عَمِيَ، أَوْ خَرَسَ، أَوْ خَرَجَ عَنْ أَهْلِيَّةِ

(١) فِي (ظ، أ): «خاص».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «الوقف»، الْمُبْتَدَأُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فتح العزيز: ١٢ / ٤٤٠).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «إِذَا».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «إقامة».

الضبط والاجتهاد؛ لغفلة، أو نسيان، لم يَنْقُذْ حُكْمَهُ، وكذا لو فسقَ على الأصح، فلو زالت هذه الأحوال، ففي عَوْدِ ولايَتِهِ من غير توليةٍ مُستأنفة وجهان، سبقاً في « كتاب الوصايا »:

الأصح: لا تعود^(١)، وقطع السَّرْخَسِيُّ بعَوْدِها في صورة الإغماء.

ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو فسقه، فولّى قاضياً، ثم بان خلافه، لم يَنْقُذْ في توليةٍ الثاني.

الثانية: في الحال الذي يجوز فيه عَزْلُهُ؛ فإن ظهر منه خللٌ، فللإمام عَزْلُهُ.

قال في « الوسيط »: ويكفي فيه غَلَبَةُ الظنِّ.

وإن لم يظهر خللٌ، نُظِرَ:

إن لم يكن من يصلح للقضاء، لم يَجُزْ عَزْلُهُ، ولو عَزَلَهُ، لم ينْعَزِلْ.

وإن كان هناك صالحٌ، نُظِرَ:

إن كان أفضل منه، جازَ عَزْلُهُ، وانْعَزَلَ المفضولُ بالعزلِ، وإن كان مثله أو دونَه؛ فإن كان في العزل به مصلحةٌ من تسكينِ فتنةٍ ونحوها، فللإمام عَزْلُهُ به، وإن لم يكن فيه مصلحةٌ، لم يَجُزْ، فلو عَزَلَهُ، نفذَ على الأصح؛ مراعاةً لطاعة السلطان، ومتى كان العزل في محلِّ النظر، واحتمل أن يكون فيه مصلحةٌ، فلا اعتراض على الإمام فيه، ويحكمُ بنفوذِهِ.

وفي « بعض الشروح » أنَّ توليةَ قاضي بعدَ قاضي، هل هي عَزْلٌ للأول؟ وجهان، وليكونا مبنيَّين على أنه: هل يجوزُ أن يكونَ في بلدٍ قاضيان؟

فَرَّعَ: هل ينْعَزِلُ القاضي قبل أن يبلغه خبرُ العزل؟ قيل: قولان كالوكيل، والمذهب القطعُ بأنه لا ينْعَزِلُ قبلَه؛ لِعِظَمِ الضررِ في نَقْضِ^(٢) أفضيته.

ثم الخلافُ فيما إذا عَزَلَهُ لفظاً، أو كتب إليه^(٣): أنتَ معزولٌ، أو: عزلتكَ، فأماً إذا كتبَ إليه: إذا أتاك كتابي هذا [فأنتَ معزولٌ، فلا ينْعَزِلُ قبل أن يصله

(١) في المطبوع: « لا يعود ».

(٢) في (ظ): « بعض ».

(٣) في (ظ): زيادة: « كتاباً ».

الكتاب قطعاً، وإن كتب: إذا قرأت كتابي [فأنت معزول، لم ينعزل قبل القراءة. ثم إن قرأ بنفسه انعزل، وكذا إن قرئ عليه على الأصح؛ لأن الغرض إعلامه بصورة الحال.

ولو كان القاضي أمياً وجوزّاه، فقرأ عليه، فالانعزال أولى.

فرغ: للقاضي أن يعزل نفسه، كالوكيل، وفي «الإقناع» للمأوردي: أنه إذا عزل نفسه لا ينعزل إلا بعلم من قلده.

المسألة الثالثة: فيمن ينعزل بموت القاضي وانعزاله، فينعزل به كل مأذون له في شغل معين، كبيع على ميت [١٢٣٢ / أ] أو غائب، وسماع شهادة في حادثة معينة.

وأما من استخلفه في القضاء، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ينعزل، كالوكيل.

والثاني: لا؛ للحاجة.

وأصحها: ينعزل، إن لم يكن [القاضي] مأذوناً له في الاستخلاف؛ لأن الاستخلاف في هذا لحاجته، وقد زالت بزوال ولايته.

وإن كان مأذوناً له فيه، لم ينعزل إن كان قال: استخلف عني فامثل، وإن قال: استخلف عن نفسك، أو أطلق، انعزل.

ولو نصب الإمام نائباً عن القاضي، فقال السرخسي: لا ينعزل بموت القاضي، وانعزاله؛ لأنه مأذون له من جهة الإمام، وفيه احتمال، ويتخرج على هذا الخلاف أن القاضي هل له عزل خليفته؟

فرغ: القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم الغزالي كالخلفاء، والمذهب الذي قطع به الأصحاب: الجزم بأنهم لا ينعزلون بموت القاضي وانعزاله؛ لثلاً تعطل أبواب المصالح، وهم كالموالي من جهة الواقف.

فرغ: القضاة والولاة لا ينعزلون بموت الإمام الأعظم، وانعزاله؛ لشدة الضرر في تعطيل الحوادث.

[المسألة (١)] الرابعة: إذا قال القاضي بعد الانعزال: كنتُ حكمتُ لفلان بكذا، لم يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ، وهل تقبلُ شهادتهُ بذلك مع آخر؟ وجهان.

قال الإصطخري: نَعَمْ، والصحيحُ باتفاقِ الأصحابِ المنعُ؛ لأنه يشهد على فعلِ نفسه، فعلى هذا: لو شهدَ مع غيره أنَّ حاكماً جائزَ الحُكْمِ حَكَمَ بكذا، ولم يُضِفْ إلى نفسه، قُبِلَت شهادته على الأصحَّ، كما لو شهدت المرضعةُ برضاعِ محرَّم، ولم تَذْكُرْ^(٢) فعلها. ووجهُ المنع: أنه قد يريدُ نفسه، فوجب البيانُ؛ ليزولَ اللَّبسُ، والوجهانِ مفرَّعان على أنه لو قامت بَيِّنَةٌ^(٣) على حكمِ حاكمٍ، قُبِلَت، ولا يشترطُ تعيينُهُ، وهذا هو المذهبُ والمعروفُ، وأشار بعضهم إلى وجهٍ آخر، فعلى هذا الوجه: لا تقبلُ شهادةً واحد [منهما]. ثم يجوزُ أن يقال: الوجهانِ فيما إذا لم يعلم القاضي أنه يشهدُ على فعلِ نفسه، فإن عَلِمَ، فهو كما لو أضافَ. ويجوزُ أن يقال: هما إذا عَلِمَ؛ فإن لم يَعْلَمْ قبل قطعاً؛ لجوازِ إرادةِ غيره، وعلى هذا الاحتمال: لو شهدَ المعزولُ أنَّ حاكماً حَكَمَ بكذا، وشهد معه آخرُ أنَّ المعزولَ حَكَمَ به، وجب أن نقبلَ؛ لأننا على هذا التقدير لا نعتني إلا بتصحيحِ الصيغة.

قلت: الاحتمالُ الأولُ هو الصحيحُ. والله أعلم.

ولو شهد المعزولُ أنه مِلْكُ فلان، أو أنَّ فلاناً أقرَّ في مجلسِ حُكْمي بكذا، قُبِلَت شهادتهُ؛ لأنه لم يشهدْ على فعلِهِ، وقولُ القاضي في غيرِ محلٍّ [ولايته]: حكمتُ لفلان بكذا، كقولِ المعزولِ.

وأما إذا قال قبلَ العزلِ: حكمتُ بكذا، فيقبلُ؛ لقدرته على الإنشاءِ في الحالِ حتى^(٤) لو قال على سبيلِ الحُكْمِ: نساءُ القرية طوالقُ من أزواجهنَّ، قُبِلَ قوله، ولا حاجة إلى حُجَّةٍ.

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « يذكر ».

(٣) في المطبوع: « البينة ».

(٤) في المطبوع: « وحتى ».

فَرَعَانِ ذَكَرَهُمَا الْهَرَوِيُّ^(١)

أحدهما: قال القاضي المعزول: المَالُ الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه أيام قَضَائِي لِيَحْفَظَهُ لَزِيدٍ، وقال الأَمِينُ: إِنَّهُ لِعَمْرٍو، وما قبضتُه منك، فالقولُ قولُ الأَمِينِ، فَإِنْ وافقه على القبضِ منه، فالقولُ قولُ القاضي.

الثاني: يجوزُ أَنْ يَكُونَ الشاهدانِ بحكم القاضي هما اللذانِ شهدا عنده، وحكم بشهادتهما؛ لأنهما الآن^(٢) يشهدان [١٢٣٢ / ب] على فعل القاضي. قال الأستاذ أبو طاهر^(٣): وعلى هذا تفقَّهْتُ، وأدركتُ القضاةَ.

الخامسةُ: ليس على القاضي تتبع أحكام القضاة^(٤)؛ قَبْلَهُ؛ لأن الظاهرَ منها السَّدَادُ، وله التَّبَعُ على أَحَدِ الوجهَيْنِ، واختاره الشيخ أبو حامد؛ احتياطاً.

وإذا جاءه متظلمٌ على القاضي المعزولِ، وطلب إحضارَه، لم يسارعْ إلى إجابته، فقد يقصدُ ابتذاله؛ بل يسأله عما يريدُ منه، فإن ذكر أنه يدَّعي عليه عَيْناً، أو دَيْنَ معاملَةٍ، أو إتلافٍ، أو غَضَبٍ، أحضره، وفصلَ خصومتَهما، كغيرهما.

ولو قال: أخذ مني كذا على سبيل الرِّشوة المحرَّمة، أو أخذ مني مالاً بشهادة عبدَيْنِ، أو غيرهما ممن لا تقبلُ شهادتُهُ، ودفعهُ إلى فلان، فكذلك الجوابُ؛ لأن هذا الأخذَ كالغصبِ، وأما فلانُ الذي ادَّعى الدفعَ إليه؛ فإن قال: أخذتُه بحكم المعزولِ لي، لم يُقبلَ قوله، ولا قولُ المعزولِ له؛ بل يحتاجُ إلى بَيِّنَةٍ تشهدُ على حُكْمِ المعزولِ له أيامَ قضاائه، فإن لم يكنْ بَيِّنَةٌ، انتزعَ منه المالَ، وإن اقتصرَ على أنه لي، ولم يتعرَّضْ للأخذِ^(٥) من المدَّعي ولا^(٦) لحكم المعزولِ، فالقولُ قوله بيمينه،

(١) في شرح «أدب القضاء» للشيخ أبي عاصم العبادي، والهرَوِيُّ: هو أبو سَعْدٍ، محمد بن أحمد بن أبي يوسف. سلفت ترجمته.

(٢) كلمة «الآن» ساقطة من المطبوع.

(٣) هو الزَّيْدِيُّ، محمد بن محمد بن مَخْمَشٍ. سلفت ترجمته.

(٤) في المطبوع: «القاضي».

(٥) في المطبوع: «الأخذ».

(٦) قوله: «ولا» ساقط من المطبوع.

ولو لم يتعرّض المتظلم للأخذ؛ بل قال: حُكِمَ عليّ بشهادة عبدَيْن، ونحوهما، فقد حكى الغزاليّ وجهاً: أن دعواه لا تُسمَع، ولا يصغى إليه، وهذا الوجه خطأ لا نعرفه لأحد من الأصحاب؛ بل اتفق الأصحاب على أنَّ دعواه مسموعة، وبَيَّنَّته محكومٌ بها، ولكن هل يحضر المعزول بمجرّد دعواه؟ وجهان.

أصحُّهما: نعم، كغيره.

والثاني: لا يحضره إلاّ بَيَّنَّته تقوم بما يدّعيه، أو على إقرار المعزول بما يدّعيه؛ لأن الظاهر جريان أحكامه على الصواب، فيكفي هذا الظاهر حتّى تقوم بَيَّنَّته بخلافه، وعلى هذا: فليس المراد أنَّ البينة تُقام في غيَّته، ويحكمُ بها، لكن الغرض أن يكون إحضاره ثَبَتَ، فيقيم المدّعي شهوداً يعرف القاضي بهم؛ أنَّ لدعواه أصلاً وحقيقةً.

ثم إذا حضر المعزول ادّعى المدّعي، وشهد الشهود في وجهه؛ فإن حضر بعد البينة، أو من غير بَيَّنَّته، فأقرّ، طُوبى بمقتضاه، وإن أنكر صدّق بيمينه على الأصحّ عند العراقيين، والرُّويانيّ كالمودع وسائر الأئمّة.

وقيل: يُصدّق بلا يمين، وبه قال ابنُ القاصّ، والإصطخريّ، وصاحبُ «التقريب»، والماورديّ، وصحّحه الشيخ أبو عاصم، والبغويّ. ولا فرق في ذلك بين أن يدّعي عليه الحكم في مالٍ، أو دم حتّى إذا ادّعى عليه أنه قتل ظلماً بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره هل يتوقّف على بَيَّنَّته؟ وأنه إذا أنكر هل يحلف؟

ولو ادّعى على نائب المعزول في القضاء، فهو كالمدّعي على المعزول، وأمّا أمناءه الذين يجوزُ لهم أخذُ الأجرة فلو حوسِبَ بعضهم فبقي عليه شيء، فقال: أخذتُ هذا المالَ أجرةً عملي، فصدّقه المعزول، لم ينفعه تصديقُه؛ بل يستردُّ منه ما يزيد على أجرة المثل، وهل يصدّق^(١) بيمينه في أجرة المثل؟ وجهان.

أحدهما: لا؛ بل عليه البَيَّة بجريان ذكر الأجرة.

والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه لا يعمل مجّاناً. قال الإمام^(٢): والخلاف مبنيّ

(١) في (ظ): «يصدّقه».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٩٠).

على أَنَّ مَنْ عمل لغيره، ولم يُسمَّ أجره، هل يستحقُّها ؟

فَرْعٌ: لو ادَّعى رجلٌ على القاضي الباقي على قضائه [١٢٣٣ / ١]، نُظِرَ:

إِنْ ادَّعى ما لا يتعلَّق بالحكم، حكم بينهما خليفته، أو قاضٍ آخر، وَإِنْ ادَّعى ظُلماً في الحكم، وأراد تغريمه، لم يمكن، ولا يحلفُ القاضي، ولا تغني إلاَّ البَيِّنَةُ، وكذا لو ادَّعى على الشاهد أَنه شهد بالزُّور، وأراد تغريمه؛ لأنَّهما أمينان شرعاً. ولو فتح باب تحليفهما لتعطَّل القضاء، وأداء الشهادة، وكذا الحكم لو قال للقاضي: قد عزلت، فأنكر، وعن الشيخ أبي حامد: أَنَّ قياسَ المذهب التحليفُ في جميع هذا، كسائر الأماناء إذا ادَّعت خيانتهم.



الباب الثاني في جامع آداب القضاء

فيه أطراف :

الأول: في آداب متفرقة، وهي عشرة:

الأول: أن يكتب الإمام كتاب العهد لمن ولّاه القضاء، ويذكر فيه ما يحتاج القاضي إلى القيام به، ويعطه فيه؛ فإن كان يبعثه إلى بلد آخر، نُظِرَ:

إن كان بعيداً لا ينتشر الخبر إليه، فليشهد شاهدين على التولية على الوجه الذي تضمّنه الكتاب ويقرّانه، أو يقرّوه الإمام عليهما، فإن قرأ غير الإمام، فالأحوط أن ينظر الشاهدان فيه، ثم يخرج الشاهدان معه، فيخبران بالحال هناك. قال الأصحاب: وليس هذا على قواعد الشهادات؛ إذ ليس هناك قاضي يؤدي عنده الشهادة.

ولو أشهد، ولم يكتب، كفى؛ فإن الاعتماد على الشهود، وإن كان البلد قريباً ينتشر الخبر إليه ويستفيض، فإن أشهد شاهدين يخرجان معه كما ذكرنا، فذاك، وإلا ففي الاكتفاء بالاستفاضة وجهان.

أحدهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق؛ لأن العقود لا تثبت بالاستفاضة، كالوكالة والإجارة.

وأصحهما: الاكتفاء، وبه قال الإضطخري؛ إذ لم يُنقل عن رسول الله ﷺ، ولا عن الخلفاء الإِشهاد. ومن الأصحاب من أطلق الوجهين، ولم يفرّق بين البلد البعيد والقريب، ويشبه أن لا يكون خلافاً، ويكون التعويل على الاستفاضة،

ولا يجوزُ اعتمادُ مجردِ الكتاب^(١) بغير استفاضةٍ، ولا إشهادٍ، هذا هو المذهبُ، والمفهومُ من كلام الجمهورِ. وذكر الغزالي في اعتماده وجهين.

الأدب الثاني: إذا أراد الخروجَ إلى بلدٍ قضائه، سأل عن حال مَنْ فيه مِنْ العُدُولِ والعلماءِ، فإن لم يتيسَّرَ، سأل في الطريق حتَّى يدخلَ على علمٍ بحالِ البلدِ، فإن لم يتيسَّرَ، سأل حينَ يدخلُ، ويستحبُّ أن يدخلَ يومَ الإثنين.

قلت: قال الأصحابُ: فإن تعسَّرَ يومُ الإثنين، فالخميس، وإلا فالسَّبْتُ، والله أعلم.

وأن يكون عليه عِمَامَةٌ سوداءُ؛ فقد صحَّ أن النبي ﷺ دخلَ مَكَّةَ يومَ الفتحِ، وعليه عِمَامَةٌ سوداءُ^(٢)، وأن ينزلَ في وسطِ البلدِ، أو الناحية؛ لئلا يطولَ الطريق على بعضهم، وإذا دخل، فإن رأى أن يشتغلَ في الحال بقراءة العهدِ، فعَل، وإن رأى أن ينزلَ في^(٣) منزله، ويأمرَ منادياً ينادي يوماً فأكثرَ، أو أقلَّ على حَسَبِ صِغَرِ البلدِ وكبره^(٤): «أَنَّ فلاناً جاء قاضياً، وأنه يخرجُ يومَ كذا؛ لقراءة العهدِ، فمَنْ أَحَبَّ، فليحضرْ، فإذا اجتمعوا، قرأ عليهم العهدَ، وإن كان معه شهودٌ، شهدوا، ثم ينصرفُ [١٢٣٣ / ب] إلى منزله، ويستحضرُ الناسَ، ويسألُهم عن الشهودِ والمُزَكِّين^(٥)، سِرّاً وعلانيةً.

قال الأصحابُ: ويتسلَّم ديوانَ الحُكَم، وهو ما كان عند القاضي قبله من المَحَاضِرِ^(٦) والسَّجَلَاتِ^(٧)، وحُجِّج الأيتام والأوقافِ، وحُجِّج غيرهم المودعة في

(١) في المطبوع: «الكتابة».

(٢) أخرجه مسلم (١٣٥٨)، والترمذي في (الجامع: ١٧٣٥)، وفي (الشماثل: ١٠٨) من حديث جابر بن عبد الله.

(٣) كلمة: «في» ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: «أو كبره».

(٥) المُزَكِّين: سيأتي أنهم: الذين يرجع إليهم في أحوال الشهود. وانظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ١٧٩، ٢٢٣).

(٦) المَحَاضِر: جمع مَحْضَرٍ بفتح الميم، وهو ما يكتب فيه ما جرى للمتحاكمين في المجلس وحجتهم، فإن كتب مع ذلك تنفيذ الحكم سُمِّيَ سَجَلًا، وقد يطلق المحضر على السجل. انظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ١٨٠)، و(النظم المستعذب: ٢ / ٢٩٨)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٣٨٩).

(٧) انظر: التعليق السابق.

الديوان ؛ لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية ، وقد انتقلت الولاية إليه .

ثم إذا أرادَ النظرَ في الأمور ، نَظَرَ أولاً في المحبوسين ، هل يستحقُّونه ، أم لا ؟
ويأمرُ قبل أن يجلسَ للنظرِ فيهم مَنْ ينادي يوماً فأكثرَ على حسبِ الحاجة أنَّ القاضي
ينظرُ في المحبوسينَ يومَ كذا ، فمن له محبوسٌ ، فليحضرْ ، ويبعثُ إلى الحبسِ أميناً ؛
ليكتبَ اسمَ كُلِّ محبوسٍ ، وما حُيِّسَ به ، ومَنْ حبسَ له في رُقعة .

وذكر القاضي أبو الطيّب : أنه يبعثُ أمينين ، وهو أحوط .

فإذا جلسَ في اليومِ الموعودِ ، وحضرَ الناسُ صُبَّتِ الرقاعُ بين يديه ، فيأخذُ رقعةً
وينظرُ في الاسمِ المثبتِ فيها ، ويسألُ عن خصمِهِ ، فَمَنْ قال : أنا خصمُهُ بعثَ معه ثِقَةً
إلى الحبسِ ؛ ليأخذَ^(١) بيده ، ويُحضِرُهُ ، وهكذا يحضرُ من المحبوسين مَنْ يعرفُ أن
المجلسَ يحتملُ النظرَ في أمرهم .

وفي « أمالي » السرخسي أنه يقرعُ بينهم للابتداء .

وإذا اجتمعَ عنده المحبوسُ وخصمُهُ ، سألَ المحبوسَ عَنْ سببِ حبسِهِ ؟
وجوابُهُ يُقرضُ على وجوه .

منها : أن يعترفَ بأنه^(٢) حُبِسَ بحقٍّ ، فإن كان ما حُيِّسَ به مالاً ، أمرَ بأدائه ، فإن
قال : أنا معسرٌ ، فعلى ما سبقَ في التفليس ، فإن لم يؤدِّ ، ولم يثبتَ إعسارُهُ ، رُدَّ إلى
الحبسِ ، وإن أَدَّى ، أو ثَبَتَ إعسارُهُ نُودِيَ عليه ، فلعلَّ له خصماً آخرَ ، فإن لم يحضرْ
أحدٌ خُلِّي .

وإن كان ما حُيِّسَ به حداً ، أُقيمَ عليه ، وخُلِّيَ على ما^(٣) ذكرناه .

ومنها : أن يقولَ : شهدتُ على بَيِّئَةٍ ، فحبسني القاضي ؛ لبحثٍ عن حال
الشُّهود ، ففي جوازِ الحبسِ بهذا السببِ خلافاً ، سنذكره إن شاءَ اللهُ تعالى ؛ فإن
قلنا : لا يُحبَسُ به ، أطلقهُ ، وإلا رَدَّهُ ، وبحثَ عن حالِ الشُّهود .

(١) في (ظ) : « فيأخذ » .

(٢) في المطبوع : « أنه » .

(٣) في المطبوع : « كما » بدل : « على ما » .

ومنها: أَنْ يَقُولَ: حُبْسْتُ بِخَمْرٍ، أَوْ كَلْبٌ أَتْلَفْتُهُ عَلَى ذِمِّيٍّ، وهذا القاضي لا يعتقّد التّغريمَ بذلك .

فالأظهرُ: أَنَّهُ يُمَضِيهِ .

والثاني: يَتَوَقَّفُ، ويسعى في اصطلاحهما على شيء .

ومنها: أَنْ يَقُولَ: حُبْسْتُ ظِلْمًا، فَإِنْ كَانَ الْخَصْمُ مَعَهُ، فَعَلَى الْخَصْمِ الْبَيِّنَةُ، وَيُصَدِّقُ الْمَحْبُوسُ بِيَمِينِهِ .

وإنْ ذَكَرَ خَصْمًا غَائِبًا، فَقِيلَ: يَطْلُقُ قِطْعًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَطْلُقُ، حُبْسَ، أَوْ يُؤْخَذُ مِنْهُ كَفِيلٌ، وَيَكْتَبُ إِلَى خَصْمِهِ فِي الْحَضُورِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، أَطْلُقَ حِينَئِذٍ .

وإنْ قَالَ: لَا خَصْمَ لِي أَصْلًا، أَوْ قَالَ: لَا أَدْرِي فِيمَ حُبْسْتُ؟ نُوْدِي عَلَيْهِ؛ لَطَلَبِ الْخَصْمِ، فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ [أحد] حَلَفَ، وَأَطْلُقَ .

قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: وَفِي مَدَّةِ الْمُنَادَاةِ لَا يَحْبَسُ، وَلَا يُخَلَّى بِالْكَلْيَةِ؛ بَلْ يُرْتَقَبُ، وَحَيْثُ أَطْلُقَ الَّذِي ادَّعَى أَنَّهُ مَظْلُومٌ لَا يَطَالِبُ بِكَفِيلٍ عَلَى الْأَصَحِّ .

فَرَعٌ: لَوْ كَانَ قَدْ حَبَسَهُ الْأَوَّلُ؛ تَعْزِيرًا، قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَطْلَقَهُ الثَّانِي، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ الْجُمْهُورُ لِهَذَا؛ فَإِنْ بَانَتْ جَنَائِئُهُ عِنْدَ الثَّانِي، وَرَأَى إِدَامَةَ حَبْسِهِ، فَالْقِيَاسُ الْجَوَازُ .

فَرَعٌ: فَإِذَا فَرَّغَ مِنَ الْمَحْبُوسِينَ، نَظَرَ فِي الْأَوْصِيَاءِ، فَإِذَا حَضَرَ مَنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَصِيٌّ، بَحَثَ الْحَاكِمُ عَنْ شَيْئَيْنِ .

أُحْدُهُمَا: أَصْلُ الْوَصَايَةِ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ أَنَّ الْقَاضِيَ الْمَعْزُولَ نَفَذَ [١٢٣٤ / ١] وَصَايَتَهُ، وَأَطْلَقَ تَصَرُّفَهُ، قَرَّرَهُ، وَلَمْ يَعْزِلْهُ إِلَّا أَنْ يَطْرَأَ فِسْقُهُ، وَنَحْوُهُ، وَيَنْعَزِلَ، فَيَنْتَرَعُ^(١) الْمَالَ مِنْهُ . وَإِنْ شَكَّ فِي عَدَالَتِهِ فَوْجِهَانِ، قَالَ الْإِصْطَخَرِيُّ: يَقَرُّ^(٢) الْمَالَ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ الْأَمَانَةُ .

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: يَنْتَرَعُهُ حَتَّى تَتَبَّتْ عَدَالَتُهُ، وَإِنْ وَجَدَهُ ضَعِيفًا، أَوْ كَانَ الْمَالُ كَثِيرًا لَا يُمْكِنُهُ الْقِيَامُ بِحِفْظِهِ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ، ضَمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُعِينُهُ .

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «فَيَنْتَرَعُ» .

(٢) فِي (ظ): «هَذَا» بَدَلُ: «يَقَرُّ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقًا لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٤٥٤) .

والثاني: تصرفه في المال، فإن قال: فرقت ما أوصى به، نُظِرَ:

إن كانت الوصية لمعيّنين، لم يتعرّض له؛ لأنهم يطالبون إن لم يكن وصلّهم، وإن كانت لجهة عامّة؛ فإن كان عدلاً أمضى تصرفه، ولم يضمّنه، وإن كان فاسقاً، ضمّنه؛ [لتعدّيه] ^(١) بالتفريق بغير ولاية صحيحة؛ ولو فرّق الثلث الموصى به غير الوصي؛ خوفاً عليه من أن يضيع، نُظِرَ:

إن كانت الوصاية لمعيّنين، وقع الموقع؛ لأن لهم أن يأخذوه بلا واسطة، وإلاّ فيضمن على الأصحّ.

فرع: ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال، وتفرقة الوصايا، فمن تغيّر حاله بفسق، أو غيره، فعلى ما ذكرناه في الأوصياء، ومن لم يتغيّر حاله، أقرّه. قال الرّوْيَانِي: وله أن يعزّله ويولي غيره بخلاف الأوصياء؛ لأنّ الأمين موكّل ^(٢) من جهة القاضي بخلاف الوصيّ.

فرع: ثمّ ينظر في الأوقاف العامّة والمتولّين لها، وفي اللقطة، والضّوالّ، فما لا يجوز تملكه للملتقط، أو يجوز، ولم يختَر تملكه بعد الحول، حفظه على صاحبه، أو باعه، وحفظ ثمنه لمصلحة المالك، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال، وله أن يخلطها بمثلها، فإذا ظهر المالك، غرّم له من بيت المال.

فرع: ليقدم من كل نوع من ذلك الأهمّ فالأهمّ، وإن عرضت حادثة وهو مشغول بهذه المهمّات استخلف من ينظر في تلك الحالة، أو فيما هو فيه.

الأدب الثالث: يرتّب القاضي بعد المذكورات أمر الكتاب، والمزكّين، والمترجمين، أما الكتاب فللحاجة إلى كتابة المحاضر والسجّلات، والكتب الحكميّة؛ لأن القاضي لا يتفرّغ لها غالباً. ويشترط في الكاتب أن يكون عارفاً بما يكتبه من المحاضر، وغيرها، وأن يكون مسلماً، عدلاً.

وفي «المهذب» وجه: أن الإسلام والعدالة ليسا بشرط؛ بل مستحبان؛ لأن

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في المطبوع: «يوكّل»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٥٤).

القاضي لا يمضي ما كتبه حتى يقف عليه^(١)، وليس بشيء.

ويستحب أن يكون فقيهاً، وإفراً للعقل، عفيفاً عن الأطماع، جَيِّدَ الخَطِّ، ضابطاً للحروف، وأن يجلسه القاضي بين يديه، لِيُملِّيَ عليه، ويشاهد ما يكتبه.

وأما المَزْكُونُ فسيأتي فيهم فَضْلُ مفرد، إن شاء الله تعالى.

وأما المترجمون، فللحاجة إلى معرفة كلام مَنْ لا يعرف القاضي لغته من خصم، أو شاهدٍ. ويشترطُ في المترجمِ التكليفُ، والحريةُ، والعدالةُ؛ لأنه ينقلُ إلى القاضي قولاً لا يعرفه، فأشبهه الشاهد والمُزَكِّي بخلاف الكاتب، ولهذه العلة شَرَطْنَا العددَ فيه وفي المُزَكِّي.

قال الأصحابُ: فإن كان الحقُّ مما يَثْبُتُ برجلٍ وامرأتين، قُبِلَتِ الترجمةُ من رجلين أو مِنْ رجلٍ وامرأتين، وانفرد الإمام^(٢) باشتراطِ رجلين، واختاره البغوي^(٣) لنفسه [١٢٣٤ / ب].

وأما النكاحُ والعِتقُ، وسائرُ ما لا يَثْبُتُ إلَّا برجلين، فيشترطُ في ترجمته رجلان، وفي الزنا: هل يكفي رجلان أم يشترط أربعة ؟ قولان كالشهادة على الإقرار بالزنا، وقيل: يكفي رجلان قطعاً.

ولو كان الشاهدان أعجميين فهل يكفي لهما مترجمان، أم يُشترطُ لكلِّ مترجمان ؟ قولان، كشهود الفرع، وبالأول قطع العبادي^(٤) في « الرِّقَم ».

ويجوز أن يكون المترجمُ أعمى على الأصحَّ؛ لأنه يفسِّرُ اللفظَ، ولا يحتاجُ إلى مُعَايَنَةٍ وإشارة بخلاف الشهادة.

وإذا كان بالقاضي صَمَمٌ، واحتاجَ إلى مَنْ يُسمعه، فثلاثة أَوْجُو.

أَصْحُهَا: يُشترطُ العددُ كالمترجم.

والثاني: لا؛ لأن المُسْمَعَ لو غَيَّرَ أنكَرَ عليه الخصمُ والحاضرون بخلاف المترجم.

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٤٨٧).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٧٧).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٨٤).

(٤) هو أبو الحسن العبادي، وَلَدَ الشيخ أبي عاصمٍ العبادي.

والثالث: إِنْ كَانَ الْخَصْمَانِ أَصْمَيْنِ، اشْتَرَطَ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَعْتَنِي اعْتِنَاءَهُمَا، وَإِنْ كَانَا سَمِيعَيْنِ، فَلَا.

فَأَمَّا إِسْمَاعُ الْخَصْمِ مَا يَقُولُهُ الْقَاضِي، وَمَا يَقُولُهُ الْخَصْمُ، فَحَكَى الرَّؤْيَانِيُّ عَنِ الْفَقَّالِ: أَنَّهُ لَا يَشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدُّ، وَإِذَا شَرَطْنَا الْعَدَدَ، اشْتَرَطَ لَفْظَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْأَصْحَحِ، فَيَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّهُ يَقُولُ كَذَا، وَمَنْ مَنَعَ، قَالَ: لَيْسَتْ شَهَادَةٌ^(١) مُحَقَّقَةٌ، وَإِذَا لَمْ يَشْتَرَطِ الْعَدَدَ، اشْتَرَطَتِ الْحَرِّيَّةُ عَلَى الْأَصْحَحِ، كَهَلَالِ رَمَضَانَ، وَلَا يَسْلُكُ بِهِ مَسْلَكَ الرُّوَايَاتِ، وَلِيُجَرَّ^(٢) الْخِلَافُ فِي لَفْظِ الشَّهَادَةِ، وَالْحَرِّيَّةِ مَعَ بُعْدِهِ فِي^(٣) الْمُرْتَجِمِ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْاِكْتِفَاءُ بِإِسْمَاعِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فِي الْمَالِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمُرْتَجِمِ.

فَرَعٌ: إِذَا لَمْ يَجِدِ الْقَاضِي كِفَايَةً، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ رِزْقًا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِيَتَفَرَّغَ لِلْقَضَاءِ، وَإِنْ وَجَدَهَا، وَتَعَيَّنَ عَلَيْهِ، لَمْ يَجْزُ أَخْذُ شَيْءٍ، وَإِلَّا فَيَجُوزُ. وَيَسْتَحَبُّ تَرْكُ الْأَخْذِ، وَلَا يَجُوزُ عَقْدُ الْإِجَارَةِ عَلَى الْقَضَاءِ، وَفِي «فَتَاوَى الْقَاضِي حُسَيْنٍ» وَجْهٌ: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَالْمَذْهَبُ: الْأَوَّلُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ.

وَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَجْعَلَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ شَيْئًا مَعَ رِزْقِ الْقَاضِي لثَمَنِ وَرَقِ الْمَحَاضِرِ وَالسَّجَلَاتِ، وَلَأَجْرِ الْكَاتِبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ شَيْءٌ أَوْ احْتِجَجَ إِلَيْهِ لِمَا هُوَ أَهْمٌ، فَإِنْ أَتَى الْمُدَّعِي بَوْرَقَةً تَثْبُتُ فِيهَا خُصُومَتُهُ وَشَهَادَةُ الشُّهُودِ، وَبِأَجْرِ الْكَاتِبِ، فَذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ، لَكِنْ يُعْلَمُهُ الْقَاضِي أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَثْبُتْ مَا جَرَى، فَقَدْ تَنَسَّى شَهَادَةَ الشُّهُودِ وَحَكَمَ نَفْسَهُ.

وَلْيَكُنْ رِزْقُ الْقَاضِي بِقَدَرِ كِفَايَتِهِ، وَكِفَايَةُ عِيَالِهِ عَلَى مَا يَلِيقُ بِحَالِهِمْ مِنَ النِّفْقَةِ، وَالْكُسُوفَةِ، وَغَيْرِهِمَا، وَكَذَا الْإِمَامُ يَأْخُذُ لِنَفْسِهِ مَا يَلِيقُ بِهِ مِنَ الْخَيْلِ وَالْغِلْمَانِ، وَالْدَارِ الْوَاسِعَةِ، وَلَا يُلْزَمُهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى مَا اقْتَصَرَ عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَالْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَعُدَ الْعَهْدُ بِزَمَنِ الثُّبُوتِ الَّتِي كَانَتْ سَبَبَ النُّصْرَةِ، وَإِلْقَاءِ الرُّعْبِ وَالْهَيْبَةِ فِي الْقُلُوبِ، فَلَوْ اقْتَصَرَ الْإِمَامُ الْيَوْمَ عَلَى ذَلِكَ، لَمْ يُطْعَمْ، وَتَعَطَّلَتِ الْأُمُورُ.

(١) فِي (أ)، وَالْمَطْبُوعُ: «بشهادة».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «وليُجَرى».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «من».

ولو رزق الإمام القاضي من مال نفسه، أو رزقه أهل ولايته، أو واحد منهم؛ فالذي خرّجه صاحب « التلخيص »^(١) : أنه لا يجوز له قبوله، وقد سبق في الأذان أنه يجوز أن يكون رزق المؤذن من مال الإمام، أو أحد الرعية، ويجوز أن يفرق بأن ذلك لا يورث تهمّة وميلاً في المؤذن [١٢٣٥ / أ] بخلاف القاضي، وكما يرزق الإمام [القاضي] من بيت المال يرزق أيضاً من يرجع مصلحة عمله إلى عامّة المسلمين، كالأمير والمفتي، والمحتسب، وإمام الصلاة، والمؤذن، ومن يعلم الناس القرآن، ومن يقيم الحدود، والقاسم، وكاتب الضكوك، فإن لم يكن في بيت المال شيء، لم يعين قاسماً، ولا كاتباً؛ لئلا يغالي بالأجرة، وألحق بهؤلاء المقوم، وفي المترجم وجهان.

أصحهما: يرزق من بيت المال، كهؤلاء.

والثاني: لا، كالوكيل، قاله ابن القاص، وأبو زيد، وعلى هذا: فمؤنة ما يترجم به للمدعى عليه على المدعى عليه، والمسمع كالمترجم، ففي مؤنته الوجهان، وهما جاريان في المُرَكَّبِي، والقول في الشاهد يأتي في « الشهادات » إن شاء الله تعالى.

الأدب الرابع: يستحب أن يكون مجلس القضاء فسيحاً، بارزاً، نزهاً، لا يؤذي فيه حرّ، ولا برّد، وريح، وغبار، ودخان، فيجلس في الصيف حيث يليق به، وكذا في الشتاء وزمن الرياح، واستحب أبو عبيد بن حريّويه، وغيره من الأصحاب: أن يكون موضع جلوسه مرتفعاً، كدكة^(٢) ونحوها؛ ليسهل عليه النظر إلى الناس، وعليهم المطالبة، وحسن أن يوطأ له الفراش، وموضع الوسادة؛ ليعرفه الداخل، ويكون أهيب عند الخصوم، وأرفق بالقاضي؛ لئلا يمل. والمستحب أن يكون مستقبل القبلة، ولا يتكئ، ويستحب أن لا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء، فإن اتّخذ^(٣)، كره على الأصح؛ لأنه يُنَزَّه عن رفع الأصوات، وحضور الحيض، والكفار، والمجانين، وغيرهم ممن يحضرون مجلس القضاء.

(١) صاحب التلخيص: هو أبو العباس بن القاص، سلفت ترجمته.

(٢) الدكة: المكان المرتفع الذي يقعد عليه (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٨٩).

(٣) في المطبوع: « اتخذ ».

والثاني: لا يُكره، كما لا يكره الجلوس فيه لتعليم القرآن، وسائر العلوم والإفتاء، وإذا أثبتنا الكراهة، فهي في إقامة الحدّ أشدّ، وكراهة اتخاذ مجلساً للقضاء^(١) كراهة تنزيه، فإن ارتكبتها لم يمكن الخصوم من الاجتماع فيه، والمُشاتمة ونحوها؛ بل يقعدون خارجة، وينصب مَنْ يُدخل خصمين [خصمين].
ولو اتفقت قضية، أو قضايا وقت حضوره في المسجد لصلاة، أو غيرها، فلا بأس بفضليها.

وإذا جلس للقضاء ولا زحمة، كره أن يتخذ حاجباً على الأصحّ، ولا كراهة فيه في أوقات خلوته على الصحيح.

الأدب الخامس: يُكره أن يقضي في كلّ حال يتغيّر فيه خلقه، وكمال عقله؛ كغضب^(٢)، أو جوع، أو شبع مُفرطين، أو مرض مؤلم، وخوف مُزعج، وحزن وفرح^(٣) شديد، وغلبة نعاس، أو ملال، أو مدافعة أحد الأخبيين، أو حضور طعام يتوق إليه.

ثم قال الإمام^(٤)، والبعوي^(٥)، وغيرهما: الكراهة فيما إذا لم يكن الغضب لله تعالى، وظاهر كلام آخرين: أنه لا فرق، ولو قضى في هذه الحال، نُفَذَ.

فصل: إذا أقرّ المدعى عليه، أو نكل، فحلف المدعى، ثم سأل^(٦) المدعي القاضي أن يشهد على أنه أقرّ عنده، أو نكل، وحلف المدعي، لزمه إجابته.

ولو أقام بيّنة بما ادّعاه، وسأل القاضي الإشهاد عليه، لزّمه أيضاً في الأصحّ.
ولو حلف المدعى عليه، وسأله الإشهاد؛ ليكون حجة له، فلا يطالبه مرة أخرى، لزّمه إجابته.

وإن سأل أحد المتداعيين أن يكتب له محضراً بما جرى؛ ليجتج به إذا احتج [١٢٣٥ / ب]، نُظِرَ:

(١) في المطبوع: «للقضاء».

(٢) في (أ)، والمطبوع: «لغضب».

(٣) في (ظ): «وفرع».

(٤) انظر: (نهاية المطالب: ١٨ / ٤٦٩).

(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٧٣).

(٦) في المطبوع: «يسأل».

إن لم يكن عنده قرطاسٌ من بيت المال، ولم يأت به الطالب، لم يلزمه إجابته، وإن كان فهل يجب أم يستحب؟ وجهان.

أصحهما: الاستحباب؛ لأن الحق يثبت بالشهود، لا بالكتاب.

وإن طلب أن يحكم له بما ثبت، لزمه الحكم، فيقول: حكمت له به، أو أنفذت الحكم به، أو ألزمت خصمه الحق.

وإذا حكم، فطلب الإشهاد على حكمه، لزمه الإشهاد.

وإن طلب أن يكتب له به سجلاً، فعلى التفصيل والخلاف المذكور في كتابة المخضر.

ونقل ابن كجّ وجهاً ثالثاً: أنه يجب التسجيل في الدين المؤجل، والوقوف، وأموال المصالح، ولا يجب في الحال، والحقوق الخاصة.

وسواء أوجبنا الكتابة أم استحببناها، فيحتاج إلى بيان المكتوب، وأنه كيف يُضبط ويُحفظ.

أما الأول، فالمكتوب مخضر وسجل؛ أما المخضر، فصورته:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حضر^(١) القاضي فلان ابن فلان، فلان ابن فلان^(٢)، وأحضر معه فلان ابن فلان، ويرفع في نسبهما ما يفيد التمييز، وهذا إذا عرفهما القاضي، ويستحب مع ذلك التعرض لجليتهما؛ طولاً وقصراً في القُد، وسُمرَةً وشُقرةً في الوجه، ويصف منهما الحاجب والعين والفم والأنف. وإن لم يعرفهما، كتب: حضر رجل، ذكر أنه فلان ابن فلان ابن فلان^(٣) وأحضر معه رجلاً ذكر هذا المحضر أنه فلان ابن فلان ابن فلان، ولا بدّ والحالة هذه من التعرض لجليتهما، ثم يكتب: وادّعى عليه كذا من عَيْن أو دَيْن بصفتها، فأقرّ المدّعى عليه بما ادّعى؛ فإن أنكر، وأقام المدّعي بيّنة كتب، فأحضر المدّعي فلاناً وفلاناً شاهدين، وسأل القاضي استماع شهادتهما،

(١) (في فتح العزيز: ١٢ / ٤٦٣): «أحضر».

(٢) قوله: «فلان بن فلان» ليس في (أ)، ولا المطبوع.

(٣) قوله: «ابن فلان» لم يرد في (أ)، ولا في المطبوع.

فسمعها في مجلس حكمه، وثبتَ عنده عدالتُهما، وسأله أن يكتبَ مَحْضَرًا بما جرى، فأجابه إليه، وذلك في تاريخ كذا، ويثبت على رأسِ المَحْضَرِ علامته من الحمدلة، وغيرها، ويجوزُ أَنْ يُبَهِّمَ الشاهدين فيكتب: وأحضرَ عدْلَيْن، شهدا له بما ادَّعاه.

ولو كان مع المدَّعي كتابٌ فيه خَطُّ الشاهدين، وكتب^(١) تحتَ خَطَّهما: شهدَ عندي بذلك، وأثبتَ علامته في رأسِ الكتاب، واكتفى به عن المَحْضَرِ، [جاز، وإن كتب المحضر]، وضمنه ذلك الكتاب، جازَ، وعلى هذا قياس محضرٍ يذكرُ تحليف المدَّعى عليه أو المدَّعي بعد نكول المدَّعى عليه.

وأما السَّجِلُّ، فصورتُهُ:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هَذَا مَا أَشْهَدُ عَلَيْهِ فَلَانٌ الْقَاضِي بِمَوْضِع كَذَا، فِي تَارِيخ كَذَا؛ أَنَّهُ ثَبَتَ عَنْهُ كَذَا، بِإِقْرَارِ^(٢) فَلَانٍ لِفَلَانٍ، أَوْ بِشَهَادَةِ فَلَانٍ وَفَلَانٍ، وَقَدْ ثَبَّتَ عِدَالَتُهُمَا عَنْهُ، أَوْ بِبَيْمِينِهِ بَعْدَ نَكُولِ الْمَدَّعَى عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ حَكَمَ بِذَلِكَ لِفَلَانٍ عَلَى فَلَانٍ، وَأَنْفَذَهُ بِسُؤَالِ الْمَحْكُومِ لَهُ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ: ثَبَتَ عَنْهُ مَا فِي كِتَابٍ، هَذِهِ نُسْخَتُهُ، وَيَنْسُخُ الْكِتَابَ إِلَى آخِرِهِ، ثُمَّ يَكْتُبُ: وَأَنَّهُ حَكَمَ بِذَلِكَ.

وَكَيْفِيَةُ التَّعَرُّضِ لِنَسَبِ الْمَتَدَاعِيَيْنِ، وَحِلْيَتُهُمَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَحْضَرِ.

وَفِي «تَعْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ» أَنَّ ابْنَ خَيْرَانَ لَمْ يَجُوزْ لِلْقَاضِي التَّسْجِيلَ إِذَا لَمْ يَعْرِفِ الْمَتَدَاعِيَيْنِ، وَالصَّحِيحُ: الْأَوَّلُ.

وَإِذَا كَانَ الْمَتَدَاعِيَانِ، أَوْ أَحَدُهُمَا امْرَأَةً، وَاحْتِاجَ إِلَى إِثْبَاتِ الْحِلْيَةِ، فَلْيَكُنِ النَّظَرُ لَذَلِكَ، كَالْتَحَمُّلِ لِلشَّهَادَةِ. وَأَمَّا أَنَّهُ كَيْفَ [١٢٣٦ / ١] يَحْفَظُ وَيَضْبُطُ^(٣)، فَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَجْعَلَ الْمَحَاضِرَ وَالسَّجَلَاتِ نُسْخَتَيْنِ، يَدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الْحَقِّ إِحْدَاهُمَا

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «كُتِبَ» بِدُونِ «الْوَاوِ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «فَأَقْرَأَ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٤٦٣).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «يَضْبُطُ وَيَحْفَظُ».

غيرَ مختومة، وتُحفظُ الأخرى في ديوانِ القضاءِ مختومةً، ويكتبُ على رأسها اسم الخصمين، ويضعُها في خَريطة^(١)، أو قِمَطِرٍ، وهو: السَّفَطُ^(٢) الذي يجمعُ فيه المحاضر والسجلات، ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أرادَ أن يقومَ، ختمه بنفسه، أو ختمه أمينٌ، وهو ينظرُ، ثم أمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني، وينظرُ في الختم، ويفكُّه بنفسه أو يفكُّه أمينُه، وهو ينظرُ، ويضعُ فيه كُتَبَ اليوم الثاني كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي الأسبوعُ؛ فإن كثرت، جعلها إضبارة^(٣)، وكتبَ عليها: خُصوماتُ أسبوع كذا، من شهر كذا، من سنة كذا وسجلاتُه، وعزَّلَها. وإن لم يكتبُ، تركها حتى يمضي شهرٌ، ثم يعزِّلَها، فإذا مضت سنةٌ، جمعها، وكتبَ عليها: كُتُب سنة كذا؛ ليسهلَ الوقوفَ عليها عند الحاجة، ويجعلها في موضع لا يعلمه غيره، وإذا احتاجَ إلى شيءٍ منها تَوَلَّى أخذه بنفسه، ونظرَ أولاً إلى ختمه، وعلاماته.

فَرَعٌ: قال الهَرَوِيُّ^(٤): إن أوجبنا التسجيلَ على القاضي، لم يَجُزْ له أخذُ الأجرة عليه، وإلا فيجوزُ. وأطلق بعضهم القولَ بالجواز، وهو موافق لمنع الوجوب، وهو الأصحُّ، وكذا استتجار المفتي ليكتبَ الفتوى.

الأدبُ السادسُ: يستحبُّ للقاضي المشاورةُ، وإنما يشاورُ العلماءَ الأُمَناءَ، ويستحبُّ أن يجمعَ أصحابَ المذاهبِ المختلفة؛ ليدكرَ كُلُّ واحدٍ دليله، فيتأملها القاضي، ويأخذ بأرجحها عنده. ثم الذين يشاورهم، إن شاء أقعدهم عنده، وإن شاء أقعدهم ناحيةً، فإذا احتاجَ استدعاهم.

قلتُ: الأولُ: أولى. والله أعلم.

ثم المشاورةُ تكونُ عند اختلافِ وجوهِ النظرِ، وتعارضِ الآراءِ، فأما الحكمُ المعلومُ بنصٍّ، أو إجماعٍ، أو قياسٍ جليٍّ، فلا مشاورةَ فيه.

(١) خريطة: شبه كيسٍ يُشْرَجُ من آدمٍ وخرقٍ، والجمع: خرائط، مثل: كريمة وكرائم (المصباح: خرط).

(٢) السَّفَطُ: هو وعاء الكتب.

(٣) إضبارة: عنده إضبارة من كُتُب، بكسر الهمزة؛ أي: جماعة، وهي الخُزْمَة (المصباح: ض ب ر).

(٤) الهَرَوِيُّ: هو أبو سَعِيدٍ، محمد بن أحمد.

وإذا حضر المستشارون، فإنما يذكرون ما عندهم إذا سألهم، ولا يبتدئون بالاعتراض والرد على حكمه إلا إذا كان حكماً يجب نقضه، كما سيأتي إن شاء الله [تعالى]. وذكر الغزالي؛ أنهم يحضرون قبل خروجه، وهذا وإن كان لم يتعرض له الجمهور يوجه بأنهم بانتظاره أولى كما في الصلاة.

[الأدب] السابغ: يُكره للقاضي أن يتولى البيع والشراء بنفسه؛ بل يوكل مَنْ لا يعرفه الناس؛ فإن عرفوه بوكالته أبدلته، فإن لم يجد مَنْ يوكله، عقد بنفسه للضرورة، فإن وقعت خصومة لمعاملة، أناب مَنْ يحكم بينه وبين خصمه؛ خوفاً من أن يميل إليه، ولا يختص هذا الحكم بالبيع والشراء؛ بل يعُمُّ الإجارة، وسائر المعاملات، بل نص في « الأم »: أنه لا ينظر في نفقة عياله، ولا أمر ضيعته، ويكِّله^(١) إلى غيره؛ ليتفرغ قلبه.

فصل: يحرم على القاضي الرشوة. ثم إن كان له رزق في بيت المال، لم يجز أخذ عوض من الخصوم، فإن لم يكن، فقال الشيخ أبو حامد: لو قال للخصمين: لا أقضي بينكما حتى تجعلا لي رزقاً، جاز، ومثله عن القاضي أبي الطيب، وغيره، وهذا نحو ما نقل [١٢٣٦ / ب] الهروي أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال وهو محتاج، ولم يتعين عليه القضاء، فله أن يأخذ من الخصم أجرة مثل عمله.

وإن تعين، قال أصحابنا: لا يجوز الأخذ، وجوزّه صاحب « التقریب ».

وأما باذل الرشوة؛ فإن بذلها، ليحكم له بغير الحق، أو ليرك^(٢) الحكم بحق، حرم عليه البذل، وإن كان ليصل إلى حقه، فلا يحرم كفداء الأسير.

قلت: وأما المتوسط بين المرتشي والراشي، فله حكم موكله منهما، فإن وكلا، حرم عليه؛ لأنه وكيل للأخذ، وهو محرّم عليه. والله أعلم.

وأما الهدية فالأولى أن يسد بابها، ولا يقبلها، ثم إن كان للمهدي خصومة في الحال، حرم قبول هديته في محل ولايته. وهديته في غير محل ولايته، كهدية مَنْ عادته أن يهدي له قبل الولاية، لقرابة، أو صداقة، ولا يحرم قبولها^(٣) على

(١) في المطبوع: « ويكل ».

(٢) في المطبوع: « أو يترك ».

(٣) في (ظ، أ): « قبولهما ».

الصحيح . وحكى ابنُ الصَّبَّاحِ في تحريمها وجهاً ، وهو مُقتضى إطلاق الماوردي^(١) ؛ فإن زاد المُهدي على القَدْرِ المعهود ، صارت هديته كهدية مَنْ لم يعهد منه الهدية ، وحيثُ حكمنا بأنَّ القَبول ليس بحرام ، فله الأخذُ والتملكُ ، والأولى أن يُثيبَ^(٢) عليها ، أو يضعها في بيت المال .

وحيثُ قلنا بالتحريم ، فقبلها ، لم يملكها على الأصحَّ ، فعلى هذا : لو أخذها ، قيل : يضعها في بيت المال ، والصحيحُ أنه يردُّها على مالِكها ، فإن لم يعرفه ، جعلها في بيت المال .

فَرَعٌ : قد ذكرنا أنَّ الرِّشوةَ حرامٌ مطلقاً ، والهدية جائزة في بعض الأحوال ، فيطلب الفرقُ بين حقيقتيهما مع أن الباذلَ راضٍ فيهما ، والفرقُ من وجهين :

أحدهما : ذكره ابنُ كَجٍّ : أنَّ الرِّشوةَ هي التي يشترطُ على قابِلها الحكمُ بغير الحقِّ ، أو الامتناع عن الحكم بحقٍّ ، والهديةُ : هي العطيةُ المُطلقة .

والثاني : قال الغزالي في « الإحياء » : المالُ إمَّا [أَنْ] يُبْدَلَ لَغَرَضٍ آجِلٍ ، فهو قُرْبَةٌ وَصَدَقَةٌ ، وإمَّا لِعَاجِلٍ . وهو إمَّا مالٌ ، فهو : هبةٌ بشرطِ ثوابٍ ، أو لتوقُّعِ ثوابٍ ، وإمَّا عَمَلٌ ، فإن كانَ عملاً محرَّماً ، أو واجباً متعيِّناً ، فهو رِشوةٌ ، وإن كان مُباحاً فإِجَارَةٌ ، أو جِعَالَةٌ ، وإمَّا للتقَرُّبِ والتودُّدِ إلى المبدول له ، فإن كان لمجرَّد^(٣) نفسه ، فهديةٌ ، وإن كان ليتوسَّلَ بجاهه إلى أغراضٍ ومقاصدٍ ؛ فإن كان جاهُهُ بالعلم ، أو النِّسبِ ، فهو هديةٌ ، وإن كان بالقضاء والعمل ، فهو رِشوةٌ .

[الأدب] الثامنُ : في تأديبه المسيئين ؛ فَمَنْ^(٤) أساء الأدبَ في مجلسه من الخصوم ؛ بأن صرَّحَ بتكذيبِ الشهودِ ، أو ظَهَرَ منه مع خصمه لَدَدٌ^(٥) ، أو مجاوزةُ حدٍّ ، زجره ، ونهاه ؛ فإن عاد ، هدَّده ، وصاحَ عليه ، فإن لم يَنْزَجِرْ ، عَزَّره بما يقتضيه

(١) في (ظ) زيادة : « وإن لم يكن له عادة بالهدية قبل الولاية » ، ليست في (فتح العزيز : ١٢ / ٤٦٨) ، وبهامش (ظ) ما نصه : « سقط تمام الفصل فيمن ليس له عادة بالهدية ، ولم يصح المصنف على هذه التخريجة » .

(٢) في المطبوع : « يثبت » ، تصحيف .

(٣) في المطبوع : « بمجرد » .

(٤) في المطبوع : « عن » .

(٥) لَدَدٌ : عداوة شديدة .

اجتهاده من توبيخ، وإغلاظ القول، أو ضرب، وحبس، ولا يحبسُهُ بمجرد ظهور اللَّدِّ، وعن الإِصْطَحْرِيِّ أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ. وفي «تَمَّة التَّمَّة»^(١): أَنَّهُ إِنَّمَا يَضْرِبُهُ بِالذَّرَّةِ دُونَ السَّيَاطِ؛ إِذِ الضَّرْبُ بِالسَّيَاطِ مِنْ شَأْنِ^(٢) الْحُدُودِ. وهذا الَّذِي ادَّعَاهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ؛ بَلِ الضَّرْبُ بِالسَّيَاطِ جَائِزٌ فِي غَيْرِ الْحُدُودِ، أَلَا تَرَى أَنَّ لَفْظَ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي تَعْزِيرِ الْقَاضِي شَاهِدَ الزُّورِ حَيْثُ قَالَ: عَزَّرَهُ وَلَمْ يَنْبَلُغْ بِالتَّعْزِيرِ أَرْبَعِينَ [١٢٣٧ / أ] سَوْطاً؟

ومثال اللَّدِّ: أَن تَتَوَجَّهَ الْيَمِينُ عَلَى الْخَصْمِ، فَيَطْلُبُ يَمِينَهُ، ثُمَّ يَقْطَعُهَا عَلَيْهِ، وَيَزْعُمُ أَنَّ لَهُ بَيْنَةً، ثُمَّ يَحْضِرُهُ ثَانِياً وَثَالِثاً؛ وَيَفْعَلُ كَذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ أَحْضَرَ رَجُلًا، وَادَّعَى عَلَيْهِ، وَقَالَ: لِي بَيْنَةٌ، وَسَأُحْضِرُهَا، ثُمَّ فَعَلَ ذَلِكَ ثَانِياً وَثَالِثاً؛ إِذَا تَعَتَّى. وَلَوْ اجْتَرَأَ خَصْمٌ عَلَى الْقَاضِي، وَقَالَ: أَنْتَ تَجُورُ، أَوْ تَمِيلُ، أَوْ ظَالِمٌ، جَازَ أَنْ يُعَزَّرَهُ^(٣) وَأَنْ يَعْفُوَ، وَالْعَفْوُ أَوْلَى إِنْ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى ضَعْفِهِ، وَالتَّعْزِيرُ أَوْلَى إِنْ حُمِلَ عَلَيْهِ.

فَرْعٌ: شَهَادَةُ الزُّورِ مِنْ أَكْبَرِ الْكِبَايِرِ، وَمَنْ ثَبِتَ أَنَّهُ شَهِدَ بِزُورٍ، عَزَّرَهُ الْقَاضِي بِمَا يَرَاهُ: مِنْ تَوْبِيخٍ، وَضَرْبٍ، وَحَبْسٍ، وَشَهْرٍ حَالِهِ، وَأَمْرٍ بِالنَّدَاءِ عَلَيْهِ فِي سُوقِهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ السُّوقِ، أَوْ قَبِيلَتِهِ إِنْ كَانَتْ لَهُ قَبِيلَةٌ، أَوْ مَسْجِدِهِ؛ تَحْذِيرًا لِلنَّاسِ مِنْهُ، وَتَأْكِيدًا لِأَمْرِهِ، وَإِنَّمَا تَثْبُتُ شَهَادَةُ الزُّورِ بِإِقْرَارِ الشَّاهِدِ أَوْ^(٤) تَيْقُنِ الْقَاضِي؛ بِأَنَّهُ شَهِدَ أَنَّ فُلَانًا زَنَى بِالْكَوْفَةِ يَوْمَ كَذَا، وَقَدْ رَأَى الْقَاضِي ذَلِكَ الْيَوْمَ بِبَغْدَادَ. هَكَذَا أَطْلَقَهُ الشَّافِعِيُّ وَالْأَصْحَابُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَمْ يُخْرِجُوهُ عَلَى أَنَّ الْقَاضِي هَلْ يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ؟ وَلَا يَكْفِي قِيَامُ الْبَيِّنَةِ بِأَنَّهُ شَهِدَ زُورًا، فَقَدْ تَكُونُ هَذِهِ بَيْنَةً زُورًا.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَفِي يَتِيمَةِ الْيَتِيمَةِ» غَلَطَ. وَجَاءَ فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٤٦٩): «وَفِي التَّمَّةِ»؛ التَّمَّةُ لِأَبِي سَعْدٍ الْمَتَوَلَّى، عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ مَأْمُونِ النِّسَابُورِيِّ، وَسَمَّاهُ «التَّمَّة» لِكَوْنِهِ تَتِيمًا لَ: «إِبَانَةُ» شَيْخِهِ أَبِي الْقَاسِمِ الْفُورَانِيِّ.
أَمَّا «تَمَّةُ التَّمَّةِ» فَلَمَنْتَجَبُ الدِّينِ الْعِجْلِيُّ أَبِي الْفَتْوحِ أَسْعَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْمَتَوَفَى سَنَةَ (٦٠٠ هـ).
انْظُرْ: (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ: ٢ / ٦١٣ - ٦١٤)، وَ(وَفَيَاتُ الْأَعْيَانِ: ١ / ٢٠٨ - ٢٠٩)، وَ(الْخَزَائِنُ السَّنِيَّةُ ص: ٣٠)، وَالَّذِي أَرَاهُ أَنَّ مَا فِي «فَتْحِ الْعَزِيزِ» هُوَ الْوَجْهُ.

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «شَأْنُهُ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «يَعَزِّرُهُ» تَصْحِيفٌ.

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «إِنْ».

[الأدب] القاسي: لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه، ولا لمملوكه القين^(١)، وغير^(٢) القين، ولا لشريكه؛ فيما له فيه شرك، ولا لشريك مكاتبه فيما له فيه شرك، ولا يقضي لأحد من أصوله وإن علوا، ولا فروعِهِ وإن نزلوا، ولا لمملوك أحدهم، ولا لشريكه؛ فإن فَعَلَ، لم ينفذ على الصحيح.

ولو أراد أن يقضيَ لهم بعلمه، لم ينفذ قطعاً، وإن جَوَّزنا قضاءه بعلمه للأجانب.

ويجوز أن يقضيَ على أصوله وفروعه، كما يشهد عليهم. وفَصَلَ البغوي^(٣) الحكمَ للولد، وعليه، فقال: له أن يحلفَ ابنه على نفي ما يُدَّعى عليه؛ لأنه قطعٌ للخصومة، لا حكمٌ له، وله أن يسمعَ بيَّنة المدَّعي على ابنه، ولا يسمعُ بيَّنة الدَّفع من ابنه، وهل له أن يحكمَ بشهادة ابنه؟ وجهان؛ لأنه يتضمَّن تعديله، فإن عدَّله شاهداً، فالمتَّجه أنه يقضي.

ولو تحاكم إليه أبوه وابْنُهُ، هل له الحكمُ لأحدهما؟ وجهان في «المهذب»^(٤).

أصحُّهما: لا، وبه قطع البغوي^(٥).

ومتى وقعت له خصومة، أو لأحدِ هؤلاء الذين يمنعُ حكمه لهم، قضى فيها الإمام، أو قاضي بلدةٍ أخرى، أو نائبُهُ، وفي النائبِ وجهٌ ضعيف.

قلت: قال البغوي^(٦): وللقاضي أن يستخلفَ أباه وابنَه^(٧)؛ لأنهما كنفسِهِ.

قال: ولو جعل الإمامُ إلى رجلٍ أن يختارَ قاضياً، لم يَجْزُ أن يختارَ والدَه

(١) القين: هو عند الفقهاء: العبد الذي لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق ومقدماته بخلاف المدبّر والمكاتب والمعلّق عتقه على صفة، والمستولدة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٣١).

(٢) في المطبوع: « وغيره » غلط.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٩٣).

(٤) انظر: (المهذب: ٥ / ٤٧٨).

(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٩٣).

(٦) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٩٣).

(٧) في المطبوع: « أو ابنه ».

ولا ولدَه، كما لا يختارُ نفسه، وسيأتي قريباً في مسائل التزكية أنه لا يصحُّ تزكية ولدٍ، ولا والدٍ على الصحيح. والله أعلم.

فَرَعٌ: لا يقضي على عدوّه على الصحيح، وبه قطع الجمهور، كالشهادة عليه، وجوّزه الماوردي في كتابه «الأحكام السلطانية»؛ لأن أسباب الحكم ظاهرة بخلاف الشهادة.

فَرَعٌ: تولّى وصيّ اليتيم القضاء، هل له أن يسمع البيّنة، ويحكم له؟ وجهان. أصحُّهما: نعم، وبه قال القفال، ومنعه ابنُ الحَدَّادِ.

[الأدب] العاشر: فيما ينقض من قضاياه وقضاء غيره، وذلك يتعلّق [١٢٣٧ / ب] بقواعد.

إحداها: الأصول التي يقضي بها القاضي، ويُفتي بها المفتي: كتابُ الله تعالى، وسنّة رسول الله ﷺ، والإجماع، والقياس، وقد يقتصر على الكتاب والسنة، ويقال: الإجماع يصدر عن أحدهما، والقياس يردُّ إلى أحدهما.

وأما قول الواحد من الصحابة رضي الله عنهم؛ فإن لم ينتشر فيهم، فقولان. القديم: أنه حُجّة، والجديد: ليس بحجة.

ثم قال أبو بكر الصّيرفي، والقفال: القولان إذا لم يكن معه قياس، فإن كان معه قياس ولو ضعيف احتجَّ به قطعاً، ورجح على القياس القوي، وقال الأكثرون: في الجميع القولان، فإن قلنا بالقديم، وجب الأخذ به، وترك القياس، وفي تخصيص العموم به وجهان. وإن قلنا بالجديد، فهو كقول آحاد المجتهدين، لكن لو تعارض قياسان أحدهما وافق قول صحابي، قال الغزالي: قد تميلُ نفسُ المجتهد إلى الموافق ويرجح عنده.

قلت: قد صرّح الشيخ أبو إسحاق في «اللّمع»، وغيره من الأصحاب بالجزم بالأخذ بالموافق. والله أعلم.

وإن انتشر قول الصحابي، فله ثلاثة أحوال.

أحدها: أن يخالفه غيره، فعلى الجديد: هو كاختلاف سائر المجتهدين، وعلى القديم: هما حجتان تعارضتا؛ فإن اختصَّ أحد الطرفين بكثرة عددٍ، أو بموافقة أحد

الخلفاء الأربعة: أبي بكر، وعُمَر، وعُثْمَان، وعليّ، رضي الله عنهم، ترجّح، نصّ عليه في القديم في غير عليّ، وألحق الجمهورُ بهم عليّاً، ومنهم من لم يلحقه به^(١)؛ لأنّ الثلاثة كانوا في دار الهجرة^(٢)، والصحابة متوافرون، وكانوا في حكمهم فتواهم يتشاورون، وعليّ رضي الله عنه انتقل إلى الكوفة، وتفرّقت الصحابة.

وإن لم يوجد واحد من الأمرين في واحد من الطرفين، أو وجد في أحدهما أحدهما، وفي الآخر الآخر، فهما سواء. ولو كان في أحدهما أبو بكر، أو عُمَر، وفي الآخر عثمان، أو عليّ، رضي الله عنهم، فهل يستويان، أم يرجّح طرف الشيخين؟ وجهان. ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين، فيستويان في وجه، ويقدم طرف أبي بكر [رضي الله عنه] في وجه.

الحال الثاني: أن يوافقه سائر الصحابة، رضي الله عنهم، ويقولوا بما قاله، فهذا إجماعٌ منهم على الحكم، ولا يشترط فيه انقراض عصر المجمعين على الأصح، ولا يتمكّن أحدهم من الرجوع؛ بل يكون قوله الأول مع قول سائر المجمعين حجةً عليهم، كما هو حجة على غيرهم.

الحال الثالث: أن يسكتوا، فلا يصرّحوا بموافقته ولا مخالفته فاختار الغزالي في « المُستصفى » أنه ليس بحجة، والصحيح الذي عليه جماهير الأصحاب: أنه حجة؛ لأنهم لو خالفوه، لاعترضوا عليه، لكن هل هو إجماع أم حجة غير إجماع؟ وجهان، قال الرُّؤياني: هذا إذا لم تظهر^(٣) أمارات الرضا ممّن سكت، فإن ظهرت فإجماع بلا خلاف. قالوا: والأصح هنا اشتراط انقراض العصر في كونه حجة، أو إجماعاً، وهل يفرق في كونه حجة أو إجماعاً بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى، أو حكماً [١٢٣٨ / أ] من إمام، أو قاضٍ؟ فيه طرق، قال ابن أبي هريرة: إن^(٤) كان فتوى، فحجة، وإن كان حكماً، فلا؛ لأنّ الاعتراض على الإمام ليس من الأدب، فلعل^(٥) السكوت لذلك. وقال أبو إسحاق عكسه؛ لأن الحكم يصدر عن مشاورة

(١) كلمة: « به » ليست في المطبوع.

(٢) دار الهجرة: هي المدينة النبوية على ساكنها أفضل الصلاة والتحية.

(٣) في المطبوع: « يظهر ».

(٤) في المطبوع: « فإن ».

(٥) في المطبوع: « ولعل ».

ومراجعة، وقال الأكثرون: لا فرق، وكانوا يعترضون على الإمام كغيره، فقد خالفوا أبا بكر رضي الله عنه في المجد^(١)، وعمر رضي الله عنه في «المشركة». ومختصر هذا الاختلاف أوجه:

الصحيح: أنه حجة.

الثاني: حجة وإجماع.

الثالث: ليس بحجة.

الرابع: من المفتي حجة؛ ومن الحاكم لا.

الخامس: عكسه. هذا إذا نقل السكوت، أما إذا لم يُنقل قول ولا سكوت، فيجوز أن لا يلحق بهذا، ويجوز أن يستدل به على السكوت.

قلت: المختار أن عدم النقل كنقل السكوت؛ لأنه الأصل والظاهر. والله أعلم.

القاعدة الثانية: اختلفت عبارات الأصحاب في تفسير القياس، والأقرب إلى كلام الشافعي رحمته الله: أن القياس نوعان: جلي، وغيره، وأما الجلي، فهو الذي يُعرف به موافقة الفرع للأصل بحيث ينتفي احتمال مفارقتهما، أو ينعُد، وذلك كظهور التحاق الضرب بالتأفيف في قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾^(٢) [الإسراء: ٢٣] وما فوق الذرة بالذرة في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ﴾^(٣) الآية [الزلزلة: ٧]، و[ما فوق] التقيير بالتقيير في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾^(٤) [النساء: ١٢٤] ونظائره؛ فإن الفروع بهذه^(٥) الأحكام أولى من الأصول.

وبعض الأصحاب لا يسمي هذا قياساً، ويقول: هذه الإلحاقات مفهومة من

(١) في المطبوع: «الحد»، تصحيف. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٧٦).

(٢) أف: اسم فعل مضارع مبني على الكسر، وفاعله ضمير مستتر، بمعنى أتضجر.

قال الهروي: يقال لكل ما يضر منهُ ويستثقل: أف له. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٥)، و(معجم الشوارد النحوية ص: ١٠٣).

(٣) مثقال ذرة: وزن أصغر نملة، أو هبابة (كلمات القرآن لمخلف ص: ٣٥٥).

(٤) ولا يظلمون نقيراً: أي: لا ينقصون ولو شيئاً حقيراً، والنقيير: النقرة في ظهر نواة التمر (زبدة التفسير ص: ١٢٣).

(٥) في المطبوع: «فإن فروع هذه».

النَّصُّ، ويقربُ من هذا: إلحاقُ العَمِيَاءِ بِالْعَوْرَاءِ في حديثِ النَّهْيِ عن التَّضْحِيَةِ بِالْعَوْرَاءِ^(١)، وسائرُ المِيتَاتِ بِالْفَأْرَةِ، وَغَيْرِ السَّمَنِ بِالسَّمَنِ في حديث: « الْفَأْرَةُ تَقَعُ فِي السَّمَنِ^(٢) : إِنْ كَانَ مَائِعًا فَأَرِيقُوهُ، وَإِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقَوْهَا وَمَا حَوْلَهَا »^(٣).

والغائِطُ بِالْبَوْلِ في قوله ﷺ: « لَا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ »^(٤).

وَمِنْ الْجَلِيِّ مَا وَرَدَ النَّصُّ فِيهِ عَلَى الْعِلَّةِ، كحديث: « إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ »^(٥)، وكذا قوله تعالى: ﴿ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ ﴾ [النساء : ٢١].

وَأَمَّا غَيْرُ الْجَلِيِّ: فَمَا لَا يَزِيلُ احْتِمَالَ الْمَفَارِقَةِ وَلَا يَبْعُدُهُ كُلُّ الْبُعْدِ.

فَمِنْهُ: مَا الْعِلَّةُ فِيهِ مُسْتَنْبِطَةٌ، كقياسِ الْأَرَزِّ عَلَى الْبُرِّ بَعْلَةَ الطَّعْمِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاصِّ: هُوَ مِنَ الْجَلِيِّ، وَالصَّحِيحُ: الْأَوَّلُ.

(١) أخرجه من حديث البراء بن عازب: (أبو داود: ٢٨٠٢)، و (الترمذي: ١٤٩٧)، و (النسائي: ٧ / ٢١٤)، و (ابن ماجه: ٣١٤٤)، و (أحمد: ٤ / ٣٠٠)، و صححه الترمذي، و (ابن خزيمة: ٢٩١٢)، و (ابن حبان: ١٠٤٦) موارد، و (الحاكم: ١ / ٤٦٧ - ٤٦٨)، و المصنف، و حسنه الإمام أحمد، و لفظ الحديث: « أربع لا تجوز في الضحايا: العوراء البيّن عورها، والمريضة البيّن مرضها، والعرجاء البيّن ظلعها، والكسير التي لا تنقي ».

(٢) في المطبوع: « بالسمن » بدل: « في السمن ».

(٣) أخرجه (أحمد: ٢ / ٢٦٥)، و (أبو داود: ٣٨٤٢) من حديث أبي هريرة، و صححه (ابن حبان: ١٣٦٤) موارد. وقال الترمذي عقب الحديث (١٧٩٩): « حديث غير محفوظ »، و انظر: (بلوغ المرام رقم: ٧٩٠) بتحقيقي.

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٩)، و مسلم (٢٨٢) من حديث أبي هريرة.

(٥) طرف من حديث عمرة عند (مسلم: ١٩٧١) أنها سمعت عائشة تقول: دَفَّ أَهْلُ أَيْيَاتٍ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ حَضْرَةَ الْأَصْحِي، زَمَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « ادْخَرُوا ثَلَاثًا، ثُمَّ تَصَدَّقُوا بِمَا بَقِيَ »، فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ ! إِنَّ النَّاسَ يَتَخَذُونَ الْأَسْقِيَةَ مِنْ ضَحَايَاهُمْ، وَيَجْمَلُونَ مِنْهَا الْوَدَكُ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: « وَمَا ذَاكَ ؟ » قَالُوا: نَهَيْتُ أَنْ تُوَكَّلَ لِحْمُ الْأَصْحَاكِ بَعْدَ ثَلَاثٍ. فَقَالَ: « إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ الَّتِي دَفَّتْ، فَكُلُوا وَادْخَرُوا وَتَصَدَّقُوا ».

و انظر: (البخاري: ٥٤٢٣) وأطرافه. (يجمَلون منها الْوَدَكُ) يقال: جَمَلْتُ الدُّهْنَ؛ أَي: أَذْبَتُهُ، وَالْوَدَكُ: دَسَمُ اللَّحْمِ وَدَهْنُهُ. (مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ) قال أهل اللغة: الدَّافَةُ: قوم يسرون جميعاً سيراً خفيفاً، ودافَةُ الْأَعْرَابِ: مَنْ يَرُدُّ مِنْهُمْ الْمِضْرَ، والمراد هنا: مَنْ وَرَدَ مِنْ ضَعْفَاءِ الْأَعْرَابِ لِلْمَوَاسَاةِ. و انظر: (جامع الأصول: ٧ / ٣٦٢ - ٣٦٣).

ومنه: قياسُ الشَّبهِ، وهو أن تُشَبَّهَ الحادثةُ أَصْلَيْنِ؛ إمَّا في الأوصافِ؛ بآنٍ تشاركُ كُلَّ واحدٍ مِنَ الأَصْلَيْنِ في بعض المعاني والأوصافِ الموجودةِ فيه، وإمَّا في الأحكام، كالعبد يشاركُ الحرَّ في بعض الأحكام والمال في بعضها، فيلحقُ بما المشاركةُ فيه أكثرُ، ورَبِّمَا سُمِّيَ قياسُ الشَّبهِ خَفِيًّا والذي قبله غير الجليِّ واضحاً، وربما خصَّ الجليُّ ببعض الأولِ، وهو ما كان الفرعُ فيه أولى بحُكْمِ الأَصْلِ.

قلتُ: واختلف أصحابنا في صِحَّةِ قياسِ الشَّبهِ، وأنه هل هو حُجَّةٌ؟ والله أعلم.

القاعدةُ الثالثةُ: المسائلُ الفروعية الاجتهادية إذا اختلف [١٢٣٨ / ب] المجتهدون فيها؛ ففيها^(١) طريقتان.

أشهرهما: قولان، أظهرهما: المُحِقُّ فيها واحدٌ، والمجتهدُ مأمور بإصابته، والذاهبُ إلى غيره مُخْطِئٌ.

والثاني: أن كُلَّ مجتهدٍ مُصِيبٌ.

والطريق الثاني: القطعُ بالقولِ الأولِ، وبه قال أبو إسحاق، والقاضي أبو الطَّيِّب، فإن قلنا: المصِيبُ واحدٌ، فالمخْطِئُ معذور^(٢) غير آثم؛ بل مأجورٌ؛ لقوله ﷺ: «إذا اجتهدَ الحاكمُ، فأصابَ، فله أجران، وإذا اجتهدَ، فأخطأ، فله أجرٌ»^(٣).

وقال الشيخ أبو إسحاق في «اللَّمع»: قال ابنُ أبي هُريرةَ: يَأْثُمُ، والصوابُ: الأول.

(١) كلمة: «ففيها» ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: «مغذور» تصحيف.

(٣) أخرجه البخاري (٧٣٥٢)، ومسلم (١٧١٦) من حديث عَمْرِو بن العاص، وأبي هريرة، ولفظه: «إذا حكمَ الحاكمُ فاجتهدَ، ثم أصابَ، فله أجران، وإذا حكمَ، فاجتهدَ، ثم أخطأ، فله أجرٌ».

قال المصنف في (شرح صحيح مسلم: ١٢ / ١٣ - ١٤): «قال العلماء: أجمع المسلمون على أن هذا الحديث في حاكمٍ عالمٍ أهلٍ للحكم؛ فإن أصابَ فله أجران: أجر باجتهاده، وأجر بإصابته، وإن أخطأ فله أجر اجتجاهه، وفي الحديث محذوفٌ تقديره: إذا أراد الحاكمُ فاجتهدَ، قالوا: فأما من ليس بأهلٍ للحكم فلا يحل له الحكمُ، فإن حكمَ فلا أجرَ له؛ بل هو آثمٌ، ولا ينفذ حكمه، سواء وافق الحقَّ أم لا؛ لأن إصابته اتفاقيه، ليست صادرةً عن أصلٍ شرعيٍّ، فهو عاصٍ في جميع أحكامه. سواءً أوافق الصواب أم لا، وهي مردودة كلها، ولا يعذر في شيءٍ من ذلك».

وفيما يؤجّر عليه وجهان عن أبي إسحاق: أحدهما وهو ظاهر النص، واختيار المزمي: يؤجّر على قصده الصواب، ولا يؤجّر على الاجتهاد؛ لأنه أفضى به إلى الخطأ، وكأنه لم يسلك الطريق المأمور به.

والثاني: يؤجّر عليه، وعلى الاجتهاد جميعاً.

وإذا قلنا: كل مجتهد مُصيب، فهل نقول: الحكم والحق في حق كل واحد من المجتهدين ما ظنّه، أم الحق واحد، وهو أشبه المطلوب إلا أن كلاً منهم مُكلّف بما ظنّه لا بإصابة الأشبّه؟ وجهان، اختار الغزالي الأول، وبالثاني قطع أصحابنا العراقيون، وحكوه عن القاضي أبي حامد، والدّاركي.

فَرَعَ: متى حكم القاضي بالاجتهاد، ثم بان له الخطأ في حكمه، فله حالان.

أحدهما: إن تبين أنه خالف قطعياً، كنص كتاب، أو سنة متواترة، أو إجماع، أو ظناً^(١) مُحكماً بخبر الواحد، أو بالقياس الجلي، فيلزمه نقض حكمه. وهل يلزم القاضي تعريف الخصمين صورة الحال؛ ليرافعا إليه، فينقض الحكم؟ وجهان.

قال ابن سريج: لا يلزمه إن علما أنه بان له الخطأ؛ فإن ترافعا إليه، نقض.

وقال سائر الأصحاب: يلزمه، وإن علما أنه بان له الخطأ. وهذا هو الصحيح؛ لأنهما قد يتوهّمان أنه لا ينقض، وإن بان الخطأ. هذا [في حقوق الآدميين، وأما ما يتعلق بحدود الله تعالى، فيبادر إلى] تداركه إذا بان له الخطأ، وما لا يمكن تداركه، سبق حكم ضمانه.

الحال الثاني: إن تبين له بقياس خفيّ رآه أَرَجَحَ ممّا حكم به، وأنه الصواب، فليحكم فيما يحدث بعد ذلك من أخوات الحادثة بما رآه ثانياً، ولا ينقض ما حكم به أولاً؛ بل يُمضيه. ثم ما نقض به قضاء نفسه نقض به قضاء غيره، ومالا، فلا. ولا فرق بينهما، إلا أنه لا يتبع قضاء غيره، وإنما ينقضه إذا رُفِعَ إليه، وله تتبع قضاء نفسه لينقضه.

ولو كان المنصوب للقضاء قبله لا يصلح للقضاء، نقض أحكامه كلّها، وإن أصاب فيها؛ لأنها صدرت ممن لا يُنفذ حكمه، هذا هو القول الجملي فيما ينقض ولا ينقض. ثم تكلّموا في صور:

(١) في (أ)، والمطبوع: «أو ظناً».

منها: لو قَضَى قاضٍ بصحة نكاح المفقود زوجها بعد [مضي] ^(١) أربع سنين، ومدة العدة، فوجهان.

أشهرهما، وظاهر النص: نقضه؛ لمخالفة القياس الجلي؛ لأنه يجعل حياً في المال، فلا يقسم بين ورثته، فلا يجعل ميتاً في النكاح.

والثاني: لا ينقض غيره من الاجتهاديات، قال الرؤياني: هذا هو الصحيح. وقرب من هذا [١٢٣٩ / ١] الخلاف الخلاف في نقض حكم من قضى بحصول الفرقة في اللعان بأكثر الكلمات الخمس، أو بسقوط الحدّ عن نكح أمّه ووطئها.

ومنها: حكم الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوز، وفي ذكاة الجنين، ومنع القصاص في القتل بالمثل، وصحة النكاح بلا ولي، أو بشهادة فاسقين، أو حكم غيره بصحة بيع أم الولد، وثبوت حرمة الرضاع بعد حولين، وصحة نكاح الشغار، والمتعة، وقتل المسلم بالذمي، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة في الأطراف، وجريان التوارث بين المسلم والكافر، وردّ الزوائد مع الأصل في الردّ بالعيب على ما قاله ابن أبي ليلى ^(٢).

وفي نقض هذه الأحكام وجهان.

قال الرؤياني: الأصح: لا نقض؛ لأنها اجتهادية، والأدلة متقاربة، ومن نقض، قال: فيها نصوص وأقيسة جلية، وينقض قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد.

فزع: ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفى أنه لا يقبله ولا يُنفذه، وأما ما لا ينقض ويرى غيره أصوب منه، فنقل ابن كج عن نص ^(٣) الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) هو أبو عبد الرحمن، محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري، العلامة، الإمام، مفتي الكوفة وقاضيها، ولد سنة (٧٤ هـ). كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، ولي القضاء والحكم بالكوفة لبني أمية، ثم لبني العباس واستمر (٣٣) سنة. وكان محدثاً حافظاً لكتاب الله تعالى، عالماً به، صدوقاً، صاحب سنة، وكان من أحسب الناس، ومن أنقذ الناس للمصحف، جميلاً نبيلاً، عفيفاً، قوَّالاً بالحق. مات بالكوفة سنة (١٤٨ هـ). له ترجمة في (سير أعلام النبلاء: ٦ / ٣١٠ - ٣١٦)، وفي حاشيته مصادرها.

(٣) كلمة: «نص» ساقطة من المطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨١).

يعرضُ عنه ، ولا ينفذهُ ؛ لأنه إعانة على ما يعتقده خطأ .

وقال ابنُ القاصِّ : لا أحبُّ تنفيذه . وفي هذا إشعارٌ بتجويرِ التنفيذ ، وقد صرَّح السَّرْحَسِيُّ بنقلِ الخلاف ، فقال : إذا رفعَ إليه حكمَ قاضٍ قبله ، فلم ير فيه ما يقتضي النقض ، لكنْ أدَّى اجتهاده إلى غيره ، فوجهان .

أحدهما : يُعرضُ عنه .

وأصْحُّهما : يُنفذهُ ، وعلى هذا العمل كما لو حكم بنفسه ، ثم غيَّرَ اجتهادهُ تغيراً لا يقتضي النقض ، وترافعَ خصماً^(١) الحادثةُ إليه فيها ؛ فإنه يُمضي حكمه الأول ، وإن أدَّى اجتهادهُ إلى أن غيره أصوبُ منه .

فَرَعٌ : إذا استُقصِيَ مقلدٌ للضرورة ، فحكم بمذهب غير مقلده ، قال الغزاليُّ في الأصول : إن قلنا : لا يجوزُ للمقلدَ تقليدُ مَنْ شاء ؛ بل عليه اتباعُ مقلده ، نقضُ حكمه ، وإن قلنا : له تقليدُ مَنْ شاء ، لم ينقض .

فَصْلٌ : حكمُ القاضي ضربان :

أحدهما : ما^(٢) ليس بإنشاء ، وإنما هو تنفيذٌ لما قامت به حُجَّة ، فينفذُ ظاهراً ، لا باطناً ، فلو حكمَ بشهادة زورٍ بظاهري العَدالة ، لم يحصلُ بحُكمِهِ الحِلُّ باطناً ، سواءً كان المحكومُ به مالاً ، أو نكاحاً ، أو غيرهما ؛ فإن كان نكاحاً ، لم يَحِلَّ للمحكوم له الاستمتاعُ ، ويلزمُها الهربُ والامتناعُ ما أمكنها ، فإنْ أَكْرَهَتْ فلا إثمَ عليها ، فإنْ وطئَ ، قال الشيخُ أبو حامد : هو زانٍ ، ويُحَدُّ ، وخالفه ابنُ الصَّبَّاحِ ، والرُّوْيَانِيُّ ؛ لأن أبا حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يَجْعَلُهَا مَنْكُوحَةً بِالْحُكْمِ ، وذلك بِشُبْهَةِ ؛ للخلافِ^(٣) في الإباحةِ^(٤) .

وإن كان المحكومُ به الطلاق ، حَلَّ للمحكوم عليه وطؤها إن تمكَّن ، لكن يُكْرَهُ ؛ لأنه يعرضُ نفسه للثَّمة ، والحدِّ ، ويبقى التوارثُ بينهما ، ولا تبقى النفقة ، للحيلولة . ولو تزوَّجَتْ بآخر ، فالحِلُّ مستمرٌّ للأول ، فإنْ وطئها الثاني جاهلاً

(١) في المطبوع : « خصماء » .

(٢) في المطبوع : « مِمَّا » .

(٣) في المطبوع : « شبهة » .

(٤) في (أ) : « للإباحة » .

بالحال، فهو وطءٌ شُبْهَةٌ، وتحْرُمُ على الأول في العِدَّة.

وإن كان الثاني عالماً، أو نكحها أحدُ الشاهِدَيْنِ [١٢٣٩ / ب] ووطئ، فوجهان.

أحدهما: يُحَدُّ، ولا تحرم^(١) على الأول في العِدَّة، والأشبه: أنه وطءٌ شُبْهَةٌ؛ لما سبق.

الضَرْبُ الثَّانِي: الإنشاءاتُ كالتفريق بين المتلاعنين، وفَسْخِ النكاحِ بالعيب، والتسليط على الأخذ بالشفعة ونحو ذلك، فَإِنْ تَرَبَّثَ عَلَى أَصْلٍ كاذب؛ بَأَنْ فسخَ عيب قامت به^(٢) شَهَادَةٌ^(٣) زورٍ، فهو كالضرب الأول.

وإن تَرَبَّثَ عَلَى أَصْلٍ صَادِقٍ؛ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي مَحَلٍّ اخْتِلَافِ الْمُجْتَهِدِينَ، نُفَذَ ظَاهِراً وَباطِناً، وَإِنْ كَانَ مُخْتَلِفاً فِيهِ، نُفَذَ ظَاهِراً، وَفِي الْبَاطِنِ أَوْجُهُ.

أَصْحُهَا عند جماعة، منهم البغوي، والشيخ أبو عاصم: النفوذ مطلقاً؛ لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع.

والثاني: المنع، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق، واختاره الغزالي.

والثالث: إن اعتدَّه الخصمُ أيضاً، نُفَذَ باطناً، وإِلَّا، فلا، وهذه الأوجهُ تشبه الأوجهَ فِي اقْتِدَاءِ الشافعيِّ بالحنفيِّ، وعكسه؛ فَإِنْ مَنَعْنَا النَفْوذَ باطناً مُطْلَقاً، أَوْ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَعْتَقِدُهُ لَمْ يَحِلَّ لِلشَّافِعِيِّ الْأَخْذُ بِحُكْمِ الْحَنَفِيِّ بِشَفْعَةِ الْجَوَارِ، أَوْ بِالتَّوْرِيثِ بِالرَّحِمِ إِذَا لَمْ نَقُلْ نَحْنُ بِهِ، وَعَلَى هَذَا: هَلْ يَمْنَعُهُ الْقَاضِي لاعتقادِ المحكوم له، أَمْ لَا، لاعتقادِ نَفْسِهِ؟ وجهان.

أَصْحُهما: الثاني.

وَمَنْ قَالَ بِالْمَنْعِ، فَقَدْ يَقُولُ: لَا يُنْفَذُ الْقَضَاءُ فِي حَقِّهِ لَا ظَاهِراً، وَلَا باطناً.

فَرَعٌ: هَلْ تَقْبَلُ شَهَادَتُهُ بِمَا لَا يَعْتَقِدُهُ، كشافعيِّ بِشَفْعَةِ الْجَوَارِ؟ وجهان في « التهذيب ».

(١) في المطبوع: « ولا يحرم ».

(٢) كلمة: « به » ليست في المطبوع.

(٣) في المطبوع، و(أ): « بشهادة ».

قلت: الأصحُّ القَبُولُ. والله أعلم.

فَرَعٌ: قال للقاضي رجلان: كان^(١) بيننا خصومةٌ في كذا، فحكم القاضي فلانٌ بيننا بكذا، ونحن نريد أن تَسْتَأْنَفَ الحكمَ بيننا باجتهادك، ونرضى بِحُكْمِكَ، فهل يجيبُهُما، أم يتعيَّنُ إمضاءُ الحكمِ الأول، ولا ينقضُ الاجتهادُ بالاجتهاد؟ وجهان، حكاهما ابنُ كَجٍّ، الصحيح: الثاني.

فَصْلٌ: في آدابٍ منثورَةٍ. يستحبُّ أن يدعوَ أصدقاءه الأُمَناءَ، ويلتمسَ منهم أن يُطلِعوه على عُيوبه؛ ليسعى في إزالتها، ويستحبُّ أن يكونَ راكباً في مسيرِهِ إلى مجلسِ حُكْمِهِ، وأن يسلِّمَ على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دَخَلَ، وأن يدعوَ إذا جلسَ، ويسألَ اللهَ تعالى التوفيقَ والتَّسديدَ، وأن يقومَ على رأسِهِ أمينٌ ينادي: هَلْ مِنْ خَصْمٍ؟ ويرتَّبُ الناسَ، ويقدِّمُ الأولَ فالأولَ.

قال ابنُ المُنْذِرِ: يستحبُّ أن يكونَ خَصِيّاً^(٢)؛ لمكانِ النساءِ، ويجوزُ أن يعيَّنَ للقضاءِ يوماً، أو يومين على حسب حاجة الناس ودعاويهم، وأن يعيَّنَ وقتاً من النهار، فإن حَضَرَ خصمانِ في غير الوقتِ المعيَّن، سمعَ كلامَهُما إلّا أن يكونَ في صلاةٍ، أو حَمَامٍ، أو على طعامٍ، ونحوه، فيؤخِّره قَدْرَ ما يَفْرُغُ.

ويستحبُّ أن يكونَ للقاضي دِرَّةٌ^(٣) يؤدِّبُ بها إذا احتاجَ، ويتخذُ سِجْناً؛ للحاجةِ إليه في التعزيرِ، واستيفاءِ الحقِّ من المُمَاطِلِ.

وهذه فروعٌ تتعلَّقُ بالحَبْسِ: قال ابنُ القاصِّ: إذا استشعرَ القاضي من المحبوسِ الفرارَ من حَبْسِهِ^(٤)، فله نقلُهُ إلى حبسِ الجرائمِ.

ولو دعا المحبوسُ [١٢٤٠ / أ] زوجته، أو أُمَّتَهُ إلى فِرَاشِهِ فيه، لم يَمْنَعْ، إن كان في الحبسِ موضعٌ خالٍ، فإن امتنعَتْ، أُجبرتِ الأُمّةُ، ولا تُجبرُ الزوجةُ الحُرّةُ؛ لأنه لا يصلحُ للسكنى، والزوجةُ الأُمّةُ تُجبرُ إن رضيَ سيدها.

(١) في المطبوع: « كانت ».

(٢) في المطبوع: « حصيناً ».

(٣) الدرّة: السوط (المصباح: درر).

(٤) في المطبوع: « الحبس ».

ولو قال مستحقُّ الدَّين: أنا ألزِمُهُ بدلاً عن الحبس، مُكِّن؛ لأنه أخَفُّ، إِلَّا أَنْ يقولَ الغريم: تَشُقُّ عَلَيَّ الطَّهَارَةُ وَالصَّلَاةُ [بسبب ملازمته]، فاحسِنِي، فيحبسُ.

وسبقَ الخلافُ في أَنَّ الأبَّ: هل يحبسُ بدين ولده؟ وقياسُ حبسه أن يحبسَ المريضُ، والمُخَدَّرَةُ^(١)، وابنُ السبيل؛ منعاً لهم من الظلم.

وعن أبي عاصم العبَّادِيِّ: أنهم لا يُحبسون؛ بل يوَكَّلُ بهم؛ ليرتدَّوا^(٢) ويتمحلَّوا^(٣).

قال: ولا يُحبسُ أبو الطفل، ولا الوكيل، والقيِّمُ في دين لم يَجِبْ بمعاملتهم. ويحبسُ الأمانة في دين وجب بمعاملتهم، ولا يحبسُ الصَّبِيُّ ولا المجنون، ولا المكاتبُ بالنجوم، ولا العبدُ الجاني، ولا سيده ليؤدِّي، أو يبيع؛ بل يباعُ عليه إذا وُجِدَ راغبٌ، وامتنع من البيع والفداء.

ونقل الهروي^(٤) وجهين في حبس كلِّ غريمٍ قَدَرْنَا على ماله، وتمكَّنَّا من بيعه. وأجرةُ السَّجَّانِ على المَحْبُوسِ، وأجرة الوكيل^(٥) على مَنْ وَكَّلَ به إذا لم يكن في بيت المالِ مالٌ، أو صُرِفَ إلى جهة أهتم من هذه.

قلتُ: وقد ألحقتُ في «كتاب التفليس» مسائلَ كثيرة تتعلق بالحبس. والله أعلم.

الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي مُسْتَنَدِ قَضَائِهِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: يقضي بالحُجَّة بلا شك، فلو لم يكن حُجَّة، وعلمَ صدقَ المدعي، فهل يقضي بعلمه؟ طريقان.

(١) المُخَدَّرَةُ: هي التي لا تخرج إلا لضرورة، وانظر أقوالاً أخرى في تفسيرها في: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٧٨ - ٥٧٩)، وفي (التهذيب: ٨ / ٢٢٨)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٢٦٠)، و(الموسوعة الفقهية: ٣٦ / ٢٦٢).

(٢) كذا في الأصول الخطية، وفي (حاشية البجيرمي: ٢ / ٤١٨)، وفي (حواشي الشرواني: ٥ / ١٤٢): «ليتردَّوا»، وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٦): «ويؤدَّوا».

(٣) كذا في الأصول الخطية: «و يتمحلَّوا»، وجاء في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٦): «يوكَّلُ بهم ليحيلوا، ويؤدَّوا».

(٤) هو القاضي أبو سعد، محمد بن أحمد بن أبي يوسف الهروي.

(٥) في (أ): «الموكَّل».

أحدهما: نَعَمْ، قطعاً.

وأشهرُهما: قولان، أظهرُهما، عند الجمهور: نَعَمْ؛ لأنه يقضي بشاهدين^(١)، وهو يفيد ظناً، فالقضاء بالعلم أولى، والجواب عما احتج به المانع من التهمة؛ أن القاضي لو قال: ثبتَ عندي وصَحَّ لَدَيَّ كذا، لزم^(٢) قبولُه بلا خلافٍ، ولم يبحث عما ثبت به، وصَحَّ، والتهمة قائمة، وسواءً على القولين ما علمه في زمنٍ ولايته ومكانها، وما علمه في غيرهما، فإن قلنا: لا يقضي بعلمه، فذلك إذا كان مستندهً مجرد العلم، أما إذا شهد رجلان تعرفُ عدالتُهما، فله أن يقضي، ويُغنيه علمُه بها عن تزكيتهما، وفيه وجهٌ ضعيف؛ للتهمة.

ولو أقرَّ بالمدعى في مجلسٍ قضائِهِ، قضى، وذلك قضاءً بإقرارٍ، لا بعلمه.

وإن أقرَّ عنده سراً، فعلى القولين.

وقيل: يقضي قطعاً.

ولو شهدَ عنده واحدٌ، فهل يُغنيه علمُه عن الشاهد الآخر على قول المنع؟ وجهان.

أصحُّهما: لا.

وإذا قلنا: يقضي بعلمه، فذلك في المال قطعاً وكذا في القصاص، وحَدَّ القَذْفِ على الأظهر، ولا يجوزُ في حُدودِ الله تعالى على المذهب، وقيل: قولان، ولا يقضي بخلافِ علمه بلا خلافٍ؛ بل إذا علم أنَّ المدعى أبرأه عما ادَّعاه، وأقام به بينةً، أو أنَّ المدعى قَتَلَهُ حَيًّا^(٣)، أو رآه قَتَلَهُ^(٤) غير المدعى عليه، أو سمعَ مدعى الرِّقِّ يعتقه، ومدعى النكاح يطلقها ثلاثاً، وتحققَ كَذِبُ الشهود، امتنع من القضاء قطعاً، وكذا إذا علم فسقَ الشهود.

ثم إنَّ الأصحابَ مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محلُّ القولين [١٢٤٠ / ب] بما

(١) في المطبوع: « بشهادة شاهدين » بدل: « بشاهدين ».

(٢) في المطبوع: « لزمه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٧).

(٣) في المطبوع: « أو أنَّ المدعى قبله حيٌّ ».

(٤) في المطبوع: « قبله ».

إذا^(١) ادَّعى عليه مالا، وقد رآه القاضي أقرضه ذلك، أو سمع المدَّعى عليه أقرَّ بذلك، ومعلوم أنَّ رؤية الإقراض، وسماع الإقرار لا يفيدُ اليقينَ بنبوت المحكوم به وقت القضاء، فبدلُ أنهم أرادوا بالعلم الظنَّ المؤكَّد، لا اليقين.

الثانية: إذا رأى القاضي ورقةً فيها ذكرُ حُكمه لرجل، وطلب منه إمضاءه والعمل به، نُظِرَ:

إن تذكَّره أمضاه على المذهب، وبه قطعَ الجمهور، وفي «أمالي أبي الفرج الرزاز» إنه على القولين في القضاء بعلمه.

وإن لم يتذكَّره، لم يعتمدْه قطعاً؛ لإمكانِ التزوير، وكذا الشاهد، لا يشهدُ بمضمون خطِّه إذا لم يتذكَّرْ، فلو كان الكتابُ محفوظاً عنده، وبعدَ احتمالِ التزوير والتحريف، كالمخضَرِّ والسَّجِّلِ الذي يحتاطُ فيه القاضي على ما سبق، فالصحيح والمنصوص، والذي عليه الجمهور: أنه لا يقضي به أيضاً ما لم يتذكَّرْ؛ لاحتمالِ التحريف، وكذا الشاهد في مثل هذه الحالة لا يشهدُ، وفيهما وجه، حكاه الشيخ أبو محمد، وغيره: أنه يجوز إذا لم يتداخله ريبة.

وفي جواز رواية الحديث؛ اعتماداً على الخطِّ المحفوظ عنده وجهان.

أحدهما: المنع، ولا تكفيه رؤية^(٢) السَّماع بخطِّه، أو خطِّ ثِقَةٍ، والصحيح: الجواز؛ لعمل العلماء به سلفاً وخلفاً، وبابُ الرواية على التوسعة.

ولو كتب إليه شيخٌ بالإجازة، وعرفَ خطِّه، جازَ له أن يروي عنه؛ تفرعاً على اعتمادِ الخطِّ، فيقول: أخبرني فلانٌ كتابةً، أو: في كتابه، أو: كتب إليّ، وهذا على تجويزِ الرواية بالإجازة^(٣)

(١) كلمة: «إذا» ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: «رواية»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٤٨٩).

(٣) قال العلامة أحمد محمد شاكر رَحِمَهُ اللهُ فِي (الباعث الحثيث ص: ١٢٠ - ١٢١): «الإجازة: أن يأذن الشيخ لغيره بأن يروي عنه مروياته أو مؤلفاته، وكأنها تتضمن إخباره بما أذن له بروايته عنه، وقد اختلفوا في جواز الرواية والعمل بها، فأبطلها كثيرٌ من العلماء المتقدمين. قال بعضهم: من قال لغيره: أجزت لك أن تروي عني ما لم تسمع، فكأنه قال: أجزت لك أن تكذب عليّ؛ لأن الشرع لا يبيح رواية ما لم يسمع.

وهذا يصحُّ لو أذن له في رواية ما لم يسمع مع تصريح الراوي بالسماع؛ لأنه يكون كذباً حقيقَةً، =

أما إذا كان يرويه عنه على سبيل الإجازة - وهو محلُّ البحث - فلا .

وقال ابن حزم : إنها بدعة غير جائزة . ومنع الظاهرية من العمل بها ، وجعلوها كالحديث المرسل . وهذا القول - يعني : إبطالها - ضعفه العلماء وردُّوه .

وتغالى بعضهم ، فزعم أنها أصحُّ من السماع ، وجعلها بعضهم مثله . والذي رجَّحه العلماء أنها جائزة ، يروى بها ويعمل ، وأنَّ السماع أقوى منها .

قال ابن الصَّلاح : « إنَّ الذي استقرَّ عليه العمل ، وقال به جماهير أهل العلم من أهل الحديث وغيرهم : القول بتجوز الإجازة وإباحة الرواية بها ، وفي الاحتجاج لذلك غموضٌ ، ويتجه أن نقول : إذا أجاز له أن يروي عنه مروياته ، وقد أخبره بها جملةً ، فهو كما لو أخبره تفصيلاً ، وإخباره بها غير متوقف على التصريح ، في القراءة نطقاً كما في القراءة على الشيخ كما سبق ؛ وإنما الغرضُ حصولُ الإفهام والفهم ، وذلك يحصل بالإجازة المفهومة . والله أعلم » .

قال السيوطي في « التدریب » : « قال الخطيب في الكفاية : احتج بعضُ أهل العلم لجوازها بحديث : أن النَّبِيَّ ﷺ كتب سورة براءة في صحيفة ، ودفعها لأبي بكرٍ ، ثم بعثَ عليَّ بن أبي طالب ، فأخذها منه ، ولم يقرأها عليه ، ولا هو أيضاً ، حتَّى وصل إلى مكَّة ، ففتحها وقرأها على الناس » .

أقول : وفي نفسي من قبول الرواية بالإجازة شيء ، وقد كانت سبباً لتقاصر الهمم عن سماع الكتب سماعاً صحيحاً بالإسناد المتصل بالقراءة إلى مؤلِّفيها ، حتَّى صارت في الأعصر الأخيرة رسماً يرسمُ ، لا علماً يتلقَّى ويؤخذُ . ولو قلنا بصحة الإجازة إذا كانت بشيء معيَّن من الكتب لشخصٍ معيَّن ، أو أشخاصٍ معيَّنين ؛ لكان هذا أقرب إلى القبول .

ويمكن التوسع في الإجازة لشخصٍ ، أو أشخاصٍ معيَّنين مع إبهام الشيء المجاز ، كأن يقول له : أجزتُ لك رواية مسموعاتي ، أو : أجزتُ رواية ما صحَّ وما يصحُّ عندك أني أرويه .

وأما الإجازات العامة ، كأن يقول : أجزتُ لأهل عصري ، أو : أجزتُ لمن شاء ، أو : لمن شاء فلان ، أو للمعدوم ، أو نحو ذلك ، فإني لا أشكُّ في عدم جوازها .

وإذا صحت الرواية بالإجازة ؛ فإنه يصحُّ للراوي بها أن يجيزَ غيره ، ويجوز لهذا الغير أن يروي بها ، وخالفَ في ذلك أبو البركات الأنماطيُّ ، فذهب إلى أن الرواية بها لا تجوز ؛ لأنَّ الإجازة ضعيفة ، فيقوى الضعفُ باجتماع إجازتين .

قال النووي رَحِمَهُ اللهُ فِي « التَّحْقِيقِ » : الصَّحِيحُ الَّذِي عَلَيْهِ الْعَمَلُ جَوَازُهُ ، وَبِهِ قَطَعَ الْحَافِظُ الدَّارَقُطْنِيُّ وَابْنُ عُقْدَةَ ، وَأَبُو نَعِيمٍ ، وَأَبُو الْفَتْحِ نَصْرُ الْمُقَدِّسِيِّ ، وَكَانَ أَبُو الْفَتْحِ يَرَوِي بِالْإِجَازَةِ ، وَرَبَّمَا وَالْيَ بَيْنَ ثَلَاثٍ .

ولفظ الإجازة قد وضح مما قلناه . والأصلُ : أن يقولهُ الشيخُ لافظاً به ، فإن كتبه من غير نطقٍ فقد رجَّحَ السيوطيُّ إبطالَ الإجازة ، وهو غير راجح ؛ بل الكتابة والنطق سواء .

وهو الصحيح، ومنعها القاضي حُسَيْنٌ.

قلت: قد^(١) منعها أيضاً الماوردي في « الحاوي » ونقل هو منعها عن الفقهاء، وهو أحد قولي الشافعي رَحِمَهُ اللهُ، ولكن أظهر قوليه، والمشهور من مذاهب السلف والخلف، والذي عليه العمل: صِحَّةُ الإجازة، وجواز الرواية بها، ووجوب العمل بها.

ثم هي سبعة أنواع قد لخصتها بفروعها، وأمثلتها وما يتعلق بها في « الإرشاد »^(٢) في مختصر علوم الحديث، وأنا أذكر منها هنا رموزاً إلى مقاصدها؛ تفريراً على الصحيح، وهو جوازها.

الأول: إجازة معيّن لمعيّن؛ كأجزتكَ رواية « صحيح البخاري » أو ما اشتملت عليه فهرستي^(٣)، وهذه [أعلى] أنواعها.

الثاني: إجازة غير معيّن لمعيّن؛ كأجزتكَ مسموعاتي، أو مروياتي، والجمهور على أنه كالأول، فتصح الرواية به، ويجب العمل [بها]، وقيل بمنعه، مع قبول الأول.

الثالث: أن يجيز لغير معيّن بوصف العموم، كأجزت المسلمين، أو كل أحد، أو من أدرك زمني، ونحوه، فالأصح أيضاً جوازها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وصاحب الخطيب البغدادي، وغيرهما من أصحابنا، وغيرهم من الحفاظ. ونقل

قال ابن الصلاح: « ينبغي للمجيز إذا كتب إجازته أن يتلفظ بها، فإن اقتصر على الكتابة، كان ذلك إجازة إذا اقترن بقصد الإجازة، غير أنها أنقص مرتبة من الإجازة الملفوظ بها، وغير مستبعد تصحيح ذلك بمجرد الكتابة في باب الرواية التي جعلت فيها القراءة على الشيخ، مع أنه لم يلفظ بما قرئ عليه إخباراً منه بما قرئ عليه ».

وهذا هو الحق، وبهذا الدليل نرجح أن الكتابة فيها كالتلفظ سواء. واستحسن العلماء الإجازة من العالم لمن كان أهلاً للرواية ومشتغلاً بالعلم، لا للجهال ونحوهم. وذهب بعضهم إلى أن هذا شرط في صحتها. قال ابن عبد البر: « إنها لا تجوز إلا لماهر بالصناعة في شيء معين لا يشكل إسناده، وهذا قول قد يكون أقرب إلى الصواب من كل الأقوال ». ١ـ

(١) في المطبوع: « وقد ».

(٢) انظر: إرشاد طلاب الحقائق ص: (١٢٨ - ١٣٣).

(٣) فهرستي: أي: جملة عدد مروياتي (تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي: ٢ / ٢٨).

الحافظ أبو بكر الحازمي^(١) المتأخر من أصحابنا؛ أن الذين أدركهم من الحفاظ كانوا يميلون إلى جوازها.

الرابع: إجازة مجهول، أو لمجهول، كأجزتكَ كتاب السنن، وهو يروي كتباً من السنن، أو أجزتُ لزيد بن محمد، وهناك جماعة كذلك، فهذه باطلة. فإن أجاز لمسميين^(٢) معينين لا تُعرف أعيانهم ولا أنسابهم [١٢٤١ / أ] ولا عددهم، صحت، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هذا الحال.

الخامس: الإجازة لمعدوم؛ كأجزتُ لمن يولد لفلان، أو لفلان، ومن يولد له، فالصحيح بطلانها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وابن الصبّاغ، وجوزّه الخطيب، وغيره.

والإجازة للطفل الذي لا يميزُ صحيحةً على الصحيح، وبه قطع القاضي [أبو الطيب] والخطيب، ونقله الخطيب عن شيوخه كافةً.

السادس: [إجازة] ما لم يسمعه المجيز، ولم يتحمّله بوجهٍ ليروية المُجاز له إذا تحمّله المجيز، وهي باطلة قطعاً.

السابع: إجازة المُجاز، وهي صحيحة عند أصحابنا، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلام من أصحابنا وغيرهم، منهم: الدارقطني^(٣)، وأبو نعيم

(١) هو محمد بن موسى الحازمي، بالحاء المهملة الهمداني، إمام حافظ، حجة ناقد، نسابة بارع، ولد سنة (٥٤٨ هـ)، وجمع وصنف، وبرع في فن الحديث خصوصاً في النسب، واستوطن بغداد، كان كثير المحفوظ، حلو المذاكرة، مع زهد، وتعبّد، ورياضة. مات ببغداد سنة (٥٨٤ هـ)، من مؤلفاته: «شروط الأئمة الخمسة»، و«الناسخ والمنسوخ من الآثار»، و«ما اتفق لفظه واختلف مسماه في الأماكن والبلدان المشبهة في الخط». انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٤١٠ - ٤١١).

(٢) في المطبوع: «لمسمين».

(٣) هو أبو الحسن، علي بن عمّر الدارقطني: إمام، حافظ، مجوّد، مقرئ، محدث، من أهل محلة دار القطن ببغداد، ولد سنة (٣٠٦ هـ). كان من بحور العلم، ومن أئمة الدنيا، انتهى إليه الحفاظ ومعرفة علل الحديث ورجاله، مع التقدم في القراءات وطرقها، وقوة المشاركة في الفقه، والاختلاف، وأيام الناس، والمغازي، وغير ذلك، مات ببغداد سنة (٣٨٥ هـ) من تصانيفه: «سنن الدارقطني»، و«المؤتلف والمختلف»، و«العلل الواردة في الأحاديث». انظر ترجمته في: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٠٠ - ٦٠٢).

الأصفهاني^(١)، والشيخ أبو الفتح، نصر المقدسي، وغيرهم من أصحابنا. وإذا كتب الإجازة استحب أن يتلفظ بها، فلو^(٢) اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة، صحت كالقراءة عليه مع سكوته. والله أعلم.

فرع: إذا رأى بخط أبيه أن لي على فلان كذا، أو أديت إلى فلان كذا، قال الأصحاب: فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء؛ اعتماداً على خط أبيه إذا وثق بخطه، وأمانته.

قال القفال: وضابط وثوقه أن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكرة: لفلان علي كذا لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به؛ بل يؤديه من التركة، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة؛ بأن خطرهما عظيم وعام، ولأنهما يتعلقان به، ويمكن التذكر فيهما، وخط المورث لا يتوقع فيه يقين، فجاز اعتماد الظن فيه حتى لو وجد بخط نفسه أن لي على فلان كذا، أو أديت إلى فلان دينه، لم يجز الحلف حتى يتذكر، قاله في «الشامل».

فرع: قال الصيبري: ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد الشهادة؛ ليستعين بها على التذكر. ويقرب من هذا ذكر التاريخ، وموضع التحمل، ومن كان معه حينئذ، ونحو ذلك.

الثالثة: شهد عنده عدلان؛ أنك حكمت لزيد بكذا، وهو لا يذكره، لم يحكم بقولهما، إلا أن يشهدا بالحق بعد تجديد دعوى.

وعن ابن القاص^(٣) تخريج قول: أنه يُمضي الحكم الأول بشهادتهما، والمذهب: الأول.

ولو شهد أنك تحملت الشهادة في واقعة كذا، ولم يتذكر، لم يجز أن يشهد،

(١) هو أحمد بن عبد الله الأصبهاني: إمام، حافظ، فقيه، علامة، مؤرخ. ولد في أصفهان سنة (٣٣٦ هـ). وكان في وقته مرحولاً إليه، لم يكن له غداء سوى التصنيف والسميع. مات في أصفهان سنة (٤٣٠ هـ). من كتبه: «حلية الأولياء»، و«معرفة الصحابة»، و«دلائل النبوة». له ترجمة في: (سير أعلام النبلاء: ١٧ / ٤٥٤ - ٤٦٣) وفي حاشيته مصادرها. وهذا الإمام لم يترجمه العلامة النووي في «تهذيب الأسماء واللغات» وهو من شرطه.

(٢) في المطبوع: «ولو».

(٣) في المطبوع: «ابن القاضي غلط».

وهذا بخلاف رواية الحديث؛ فإن الراوي لو نسي، جاز له أن يقبل الرواية ممن سمعها منه على الصحيح، وفيها وجه حكاه ابن كنج. وعلى الصحيح الفرق ما سبق، أن باب الرواية على التوسعة، ولهذا يقبل من العبد والمرأة، ومن الفرع مع وجود الأصل، وغير ذلك.

وإذا لم يتذكر القاضي فحقه أن يتوقف، ولا يقول: لم أحكم. وهل للمدعي والحالة هذه تحليف الخصم؛ أنه لا يعرف حكم القاضي؟ قال صاحب « التهذيب »: يحتمل وجهين.

ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاضي آخر قبل شهادتهما، وأمضى حكم الأول إلا إذا قامت بيّنة بأن الأول أنكر حكمه، وكذبهما؛ فإن قامت بيّنة بأنه توقف، فوجهان.

أوفقهما لكلام [١٢٤١ / ب] الأكثرين: أنه يقبل شهادتهما.

وقال الأودني^(١)، وصاحب « المهدب »: لا تقبل؛ لأن توقفه يورث تهمته، وعلى هذا: لو شهد عدلان أن شاهدي الأصل توقفًا في الشهادة، لم يجز الحكم بشهادة الفروع.

الرابعة: ادعى على القاضي أنك حكمت لي بكذا. قال الإمام^(٢): قال الأصحاب: ليس له أن يرفعه إلى قاضي آخر، ويحلفه، كما لا يحلف الشاهد إذا أنكر الشهادة.

وعن القاضي حسين: أنا إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار، فله تحليفه؛ ليحلف المدعي إن نكل، هذا إذا ادعى عليه وهو قاض، فإن ادعى عليه بعد عزله، أو في غير محل ولايته عند قاض، فنقل الإمام^(٣): أنه يجوز سماع البيّنة، ولا يقبل إقراره. ولا يحلف إن قلنا: اليمين المردودة كالإقرار، وإن قلنا: كالبيّنة، حلف، ولك أن تقول: سماع الدعوى على القاضي؛ معزولاً كان، أو غيره، بأنه حكم ليس على قواعد الدعاوى الملزمة، وإنما يقصد بها التدرج إلى إلزام الخصم؛ فإن كان له

(١) الأودني: هو أبو بكر، محمد بن عبد الله، منسوب إلى أودنة: قرية من قرى بخارى.

(٢) قوله: « قال الإمام » ساقط من المطبوع، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٩٧).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٩٨).

بَيِّنَةٌ فَلْيَقِمْنَاهَا فِي وَجْهِ الْخَصْمِ، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَسْمَعَ عَلَى الْقَاضِي بَيِّنَةٌ، وَلَا يُطَالَب بِيَمِينٍ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنْكَ شَاهِدِي.

الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي التَّسْوِيَةِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ.

الأوَّلِي: لِيُسَوِّ الْقَاضِي بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي دُخُولِهِمَا عَلَيْهِ، وَفِي الْقِيَامِ لَهُمَا، وَالنَّظَرِ إِلَيْهِمَا^(١)، وَالاسْتِمَاعِ، وَطَلَاقِ الْوَجْهِ، وَسَائِرِ أَنْوَاعِ الْإِكْرَامِ، فَلَا يَخْصُ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَيُسَوِّي فِي جَوَابِ سَلَامِهِمَا؛ فَإِنْ سَلَّمَ، أَجَابَهُمَا مَعًا، وَإِنْ سَلَّمَ أَحَدُهُمَا، قَالَ الْأَصْحَابُ: يَصْبِرُ حَتَّى يَسَلَّمَ الْآخَرُ، فَيَجِيبُهُمَا، وَقَدْ يَتَوَقَّفُ فِي هَذَا، إِذَا طَالَ الْفَضْلُ، وَذَكَرُوا أَنَّهُ لَا بَأْسَ أَنْ يَقُولَ لِلْآخَرِ: سَلِّمْ، فَإِذَا سَلَّمَ، أَجَابَهُمَا، وَكَانَهُمْ احْتَمَلُوا هَذَا الْفَضْلَ؛ مُحَافَظَةً عَلَى التَّسْوِيَةِ.

وَحَكَى الْإِمَامُ^(٢): أَنَّهُمْ جَوَّزُوا لَهُ تَرْكَ الْجَوَابِ مُطْلَقًا، وَاسْتَبَعَدَهُ.

وَيُسَوِّي بَيْنَهُمَا فِي الْمَجْلِسِ، فَيَجْلِسُ أَحَدُهُمَا عَنْ يَمِينِهِ، وَالْآخَرُ عَنْ شِمَالِهِ، إِنْ كَانَ شَرِيفَيْنِ، أَوْ بَيْنَ يَدَيْهِ وَهُوَ الْأَوَّلَى عَلَى الْإِطْلَاقِ، فَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا، وَالْآخَرُ كَافِرًا:

فَالصَّحِيحُ، وَبِهِ قَطَعَ الْعِرَاقِيُّونَ: أَنَّهُ يَرْفَعُ الْمُسْلِمَ فِي الْمَجْلِسِ.

وَالثَّانِي: يُسَوِّي. وَيُشَبَّهُ أَنْ يَجْرِيَ الْوَجْهَانِ فِي سَائِرِ وُجُوهِ الْإِكْرَامِ.

ثُمَّ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ فِي الْأُمُورِ الْمَذْكُورَةِ وَاجِبَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَبِهِ قَطَعَ الْأَكْثَرُونَ، وَاقْتَصَرَ ابْنُ الصَّبَّاحِ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ.

الثَّانِيَةِ: لِيُقْبَلَ عَلَيْهِمَا بِمَجَامِعِ قَلْبِهِ، وَعَلَيْهِ السَّكِينَةُ^(٣)، وَلَا يَمَازِحُ أَحَدُهُمَا، وَلَا يُضَاحِكُهُ، وَلَا يُشِيرُ إِلَيْهِ، وَلَا يُسَارُّهُ، وَلَا يَنْهَرُهُمَا، وَلَا يَصِيحُ عَلَيْهِمَا إِذَا لَمْ يَفْعَلَا مَا يَقْتَضِي التَّأْدِيبَ، وَلَا يَتَعَنَّتِ الشُّهُودُ؛ بَأَن يَقُولَ: لِمَ تَشْهَدُونَ؟ وَمَا هَذِهِ الشَّهَادَةُ؟ وَلَا يَلْقُنُ الْمُدَّعِي الدَّعْوَى بِأَن يَقُولَ: ادَّعَ عَلَيْهِ كَذَا، وَلَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «فِيهِمَا».

(٢) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٨ / ٥٧٢).

(٣) السَّكِينَةُ: الْمَهَابَةُ وَالرَّزَانَةُ وَالْوَقَارُ (الصَّبَّاحُ: س ك ن).

الإقرار والإنكار، ولا يُجَرِّئ المائل^(١) إلى النكول على اليمين، وكذا لا يلقن الشاهد الشهادة، ولا يجزئته إذا مال إلى التوقف، ولا يشككه، ولا يمنعه إذا أراد الشهادة، هذا في حقوق الآدميين.

وأما في حدود الله تعالى، فالقاضي يرشد إلى الإنكار على ما هو موضح في موضعه.

وإذا كان يدعي [١٢٤٢ / أ] دَعَوَى غَيْرَ مُحَرَّرَةٍ، قال الإِصْطَخَرِيُّ: يجوزُ أَنْ يبينَ له كَيْفِيَّةَ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةِ.

وقال غيره: لا يجوزُ. وتعريف الشاهد كَيْفِيَّةَ أدَاءِ الشهادة على هذين الوجهين.

قال في « العُدَّة »^(٢): أصحُّهما الجوازُ.

ولا بأس بالاستفسار؛ بأن يدعي دراهم، فيقول: أهَي صِحَاحٌ أم مكسرة^(٣) ؟

ويستحبُّ إذا أرادَ الحكمُ أَنْ يجلسَ المحكومُ عليه، ويقول: قامت البيئة عليك بكذا، ورأيتُ الحكمَ عليك؛ ليكونَ أطيَّبَ لقلبه، وأبعدَ عن التهمة، ونصَّ في « الأم »: أنه يَنْدُبُهُمَا إلى الصُّلحِ بعدَ ظهورِ وجهِ الحكم، ويؤخَّرُ الحكمَ اليومَ واليومينَ إذا سألَهُمَا، فجعلاه في حلٍّ من التأخير، فإن لم يجتمعا على التحليل، لم يؤخَّرَ.

الثالثة: إذا جلسا بين يديه، فله أَنْ يسكتَ حتَّى يتكلَّما، وله أَنْ يقولَ: ليتكلَّم المُدَّعي منكما، وأن يقولَ للمدَّعي إذا عرفه: تكلَّم، ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقفُ على رأسه، كان أولى، فإذا ادَّعى المدَّعي، طالبَ خَصْمَهُ بالجواب، وقال: ما تقولُ؟ وفيه وجه ضعيفٌ: أنه لا يطالبُهُ بالجوابِ حتَّى يسألهُ المدَّعي، ثم ينظر في الجواب؛ إن أقرَّ بالمدَّعي، فللمدَّعي أَنْ يطلبَ من القاضي الحكمَ عليه، وحينئذ يحكمُ؛ بأن يقولَ له: اخرجْ من حقِّه، أو كلِّفْتُكَ الخروجَ من حقِّه، أو ألزمتُكَ، وما

(١) في المطبوع: « ولا يجري المسائل » خطأ.

(٢) العُدَّة: المراد بها هنا: عدَّة أبي المكارم الروياني ابن أخت أبي المحاسن الروياني صاحب « البحر ».

(٣) في المطبوع: « مكسورة ».

أشبههما. وهل يثبت المدعى بمجرد الإقرار، أم يفتقر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ وجهان.

أحدهما: يفتقر، كالثبوت بالبيّنة.

. وأصحهما: لا؛ لأنّ دلالة الإقرار على وجوب الحقّ جليّة، والبيّنة تحتاج إلى نظرٍ واجتهادٍ، هكذا ذكرت المسألة، ولا يظهر الخلاف فيها؛ لأنه إن كان الكلام في ثبوت المدعى به في نفسه، فمعلوم أنّه ^(١) لا يتوقّف على الإقرار، فكيف على الحكم بعد الإقرار؟ ! وإن كان المراد المطالبة والإلزام، فلا خلاف أنّ للمدعي الطلب بعد الإقرار، وللقاضي الإلزام.

وإن أنكر المدعى عليه، فللقاضي أن يسكت، وله أن يقول للمدعي: ألك بيّنة؟ وقيل: لا يقول ذلك؛ لأنه كالتلقين، والصحيح: الأول، فإن قال المدعي: لي بيّنة، وأقامها، فذاك، وإن قال: لا أقيمها، وأريد يمينه، مكّن منه.

وإن قال: ليس لي بيّنة حاضرة فحلف [القاضي] المدعى عليه، ثم جاء ^(٢) ببيّنة، سمعت.

وإن قال: لا بيّنة لي حاضرة، ولا غائبة، سمعت أيضاً على الأصح؛ لأنه ربّما لم يعرف، أو نسي، ثم عرف، أو تذكّر، وقيل: لا يسمع؛ للمناقضة، إلّا أن يذكر لکلامه تأويلاً، ككنت جاهلاً أو ناسياً.

ولو قال: لا بيّنة لي، واقتصر عليه، فقال البغوي: هو كقوله: لا بيّنة لي حاضرة، وقيل: كقوله: لا حاضرة ولا غائبة، فيكون فيه الوجهان.

ولو قال: شهودي عبيد، أو فسقة، ثم أتى بحدول، قبلنا شهادتهم إن مضى زمان يمكن فيه العتق والاستبراء.

فزع: حكى الهروي ^(٣) وجهين في أنّ الحقّ يجبُ بفراغ المدعي من اليمين

(١) في المطبوع: «لأنه».

(٢) في (ظ): «فجاء» بدل: «ثم جاء».

(٣) هو أبو سفيان الهروي.

المردودة، أم لا بدَّ من حُكم الحاكم، وأشار^(١) إلى بنائهما على أنَّ اليمينَ المردودةَ كالبيَّنة، أم كالأقرار؟

الرابعة: إذا ازدحمَ جماعةٌ مدَّعين، فإنَّ عرفَ السبق، قدَّمَ الأسبق فالأسبق، والاعتبار [١٢٤٢ / ب] بسبق^(٢) المدَّعي دون المدَّعي عليه، وإنَّ جاؤوا معاً، أو جهلَ السبق، أقرع، فإنَّ كثُرُوا، وعُسِّرَ الإقراعُ، كتبَ أسماءُهم في رِقاع، وصُبَّتْ بين يدي القاضي؛ ليأخذها واحدةً واحدةً، ويسمع دعوى مَنْ خرجَ اسمُهُ في كُلِّ مرةٍ، ويستحبُّ أنَّ يرتَّبَ ثِقَّةً، يكتبُ أسماءَهم يومَ قضاائه؛ ليعرفَ ترتيبهم. ولو قدَّمَ الأسبقُ غيرهَ على نفسه، جازَ، والمفتي والمدرسُ يقدِّمان عند الازدحام [أيضاً] بالسَّبق، أو بالقرعة. ولو كان الذي يعلمه ليس من فروض الكفاية، فالاختيارُ إليه في تقديم مَنْ شاء. ولا يقدِّم القاضي مدَّعيّاً بشرفٍ، ولا غيرهَ إلَّا في موضِعَيْن.

أحدهما: إذا كان في المدَّعين مسافرون مُستوفزون^(٣)، قد^(٤) شدُّوا الرِّحالَ، ليخرجوا، ولو أُخِّرُوا، لتخلَّفوا عن رُفقتهم، فإنَّ قلُّوا، قدِّموا على الصحيح، وإلَّا، فلا؛ بل يعتبرُ السبق والقرعة^(٥).

والثاني: لو كان في الحاضرين نسوةٌ، ورأى القاضي تقديمهنَّ لينصرفنَ، قدِّمهنَّ على الصحيح، بشرطٍ أنَّ لا يكثرُنَ.

وينبغي أنَّ لا يفرقَ بين أنَّ يكونَ المسافرُ والمرأةُ مدَّعيّاً، أو مدَّعيٍّ عليه. ثمَّ تقديمُ المسافرِ والمرأةِ ليس بمستحقٍّ على الصحيح؛ بل هو رُخصةٌ؛ لجواز الأخذِ به، وهذا ظاهرُ نصِّه في «المختصر»، ومنهم من يشعرُ كلامُهُ بالاستحقاق.

قلت: المختار أنه مستحبُّ لا يقتصرُ به على الإباحة. والله أعلم.

ثم لا يخفى أنَّ المرادَ تقديمُ المسافرِ على المقيمين، والمرأةِ على الرجال، فأما المسافرون بعضهم مع بعضٍ، وكذا النسوةُ، فالرجوعُ فيهم إلى السبقِ أو القرعةِ.

(١) في المطبوع: «أو أشار».

(٢) في المطبوع: «سبق».

(٣) مستوفزون: المستوفز: الذي شدَّ رَحْلَه، ويضُرُّه التخلُّف عن الرُفقة (النجم الوهاج: ١٠ / ٢٢٠).

(٤) في المطبوع: «وقد».

(٥) في المطبوع: «بالقرعة» بدل: «والقرعة».

فَرَوْعُ: المَقْدَمُ بالسَّبْقِ أو القرعة لا يَقْدَمُ إِلَّا فِي دَعْوَى وَاحِدَةٍ؛ لَثَلَا يَطْوَلُ عَلَى الْبَاقِينَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ دَعْوَى أُخْرَى، فَلْيَحْضُرْ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ، أَوْ يَنْتَظِرْ فَرَاغَ الْقَاضِي مِنْ حُكُومَاتِ سَائِرِ الْحَاضِرِينَ، وَحَيْثُ تَسْمَعُ دَعْوَاهُ الثَّانِيَةَ إِنْ لَمْ يَضْجِرِ الْقَاضِي، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى الثَّانِيَةَ وَالثَّلَاثَةَ عَلَى الَّذِي ادَّعَى عَلَيْهِ الدَّعْوَى الْأُولَى، أَوْ عَلَى غَيْرِهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ؛ أَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الْأُولَى مَسْمُوعَةٌ إِذَا اتَّحَدَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَعَلَى هَذَا: قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: تَسْمَعُ إِلَى ثَلَاثِ دَعَاوٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ يَسْمَعُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ دَعْوَى ثَانٍ وَثَالِثٍ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى لِلْمُدَّعَى وَقَدْ تَعَدَّدَ.

وَنَقَلَ ابْنُ كَجَّ هُنَا وَجْهَيْنِ غَرِيبَيْنِ ضَعِيفَيْنِ.

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمَقْدَمَ بِدَعْوَى لَا تَسْمَعُ مِنْهُ الثَّانِيَةَ إِلَّا فِي مَجْلِسٍ آخَرَ، وَإِنْ فَرَّغَ الْقَاضِي مِنْ دَعَاوَى الْحَاضِرِينَ، وَعَلَيْهِمْ بَعْدَ ذَلِكَ تَرْفِيهُهُ.

الثَّانِي: لَا يَسْمَعُ عَلَى الْوَاحِدِ إِلَّا دَعْوَى شَخْصٍ وَاحِدٍ. وَأَمَّا الْمَقْدَمُ بِالسَّفَرِ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَقْدَمَ إِلَّا بِدَعْوَى، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقْدَمَ بِجَمِيعِ دَعَاوِيهِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ تَقْدِيمِهِ أَنْ لَا يَتَخَلَّفَ عَنْ رُفْقَتِهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقَالَ: إِذَا عَرَفَ أَنَّ لَهُ دَعَاوَى، فَهُوَ كَالْمَقِيمِينَ؛ لِأَنَّ تَقْدِيمَهُ بِالْجَمِيعِ يَضُرُّ غَيْرَهُ، وَتَقْدِيمُهُ بِدَعْوَى لَا يَحْصُلُ الْغَرَضُ.

قُلْتُ: الْأَرْجَحُ أَنَّ دَعَاوِيَهُ إِنْ كَانَتْ قَلِيلَةً، أَوْ خَفِيفَةً^(١) بَحِثْ لَا يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ إِضْرَارًا [١٢٤٣ / أ] بَيِّنًا، قَدْ بَحِثْنَا بِجَمِيعِهَا، وَإِلَّا فَيَقْدَمُ بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهَا مَأْذُونٌ فِيهَا، وَقَدْ يَقْنَعُ بِوَاحِدَةٍ، وَيؤَخَّرُ الْبَاقِي إِلَى أَنْ يَحْضُرَ^(٢). وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الخَامِسَةُ: تَنَازَعُ الْخُضْمَانِ، وَزَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ هُوَ الْمُدَّعَى، نُظِرَ:

إِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الدَّعْوَى، لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَى قَوْلِ الْآخَرِ: إِنْ كُنْتُ الْمُدَّعَى؛ بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَجِيبَ، ثُمَّ يَدَّعِي إِنْ شَاءَ.

وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ، وَتَنَازَعَا، سَأَلَ الْعَوْنَ، فَمَنْ أَحْضَرَهُ الْعَوْنَ فَهُوَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَيَدَّعِي الْآخَرَ عَلَيْهِ. وَكَذَا لَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ لِأَحَدِهِمَا أَنَّهُ أَحْضَرَ الْآخَرَ لِيَدَّعِي عَلَيْهِ، وَإِنْ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «ضَعِيفَةً» بَدَلُ: «خَفِيفَةً».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «يَخْصُهُ» بَدَلُ: «يَحْضُرُ».

استوى الطرفان، أقرع، فمن خرجت قرعته ادعى، وقيل: يقدم القاضي أحدهما باجتهاده.

السادسة: قد سبق في « باب الوليمة » الخلاف في أن الإجابة إليها واجبة، أم مستحبة؟ وذلك في غير القاضي، أم القاضي، فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال خضومتها ولا وليمتها؛ لأنه قد يزيد أحدهما في إكرامه، فيميل إليه قلبه.

وأما وليمة غير الخصمين، فثلاثة أوجه.

أحدها: تحرم عليه الإجابة إليها.

والثاني: تجب إذا أوجبتها على غيره.

والثالث: وهو الصحيح: لا تحرم، ولا تجب؛ بل تستحب بشرط التعميم؛ فإن كثرت وقطعته عن الحكم، تركها في حق الجميع، ولا يخص بعض الناس، لكن لو كان يخص بعض الناس قبل الولاية بإجابة وليمة^(١)، فنقل ابن كج عن نص الشافعي رحمه الله: أنه لا بأس بالاستمرار، وتكره إجابته إلى دعوة اتخذت للقاضي^(٢) خاصة، أو للأغنياء، ودعي فيهم، ولا يكره إلى ما اتخذ للجيران وهو منهم، أو للعلماء، ودعي فيهم.

واعلم: أن إجابة غير وليمة العرس من الدعوات مستحبة، وظاهر ما أطلقه الأصحاب ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضاً، وإن كان الاستحباب في الوليمة أكد، ومنهم من خص الاستحباب بالوليمة، وبه قال ابن القاص.

فرغ: لا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر، ويجوز أن يضيفهما معاً على الصحيح، ومنعه أبو إسحاق؛ لأنه قد يتوهم كل واحد أن المقصود بالضيافة صاحبه، وأنه تبع، وهذا يشكل بسائر وجوه التسوية.

السابعة: له أن يشفع لأحدهما، وأن يؤدي المال عمن عليه؛ لأنه ينفعهما.

الثامنة: يعود المريض، ويشهد الجنائز، ويزور القادمين، وإذا لم يمكنه الاستيعاب، فعل الممكن من كل نوع، ويخص به من عرفه، وقرب منه.

(١) في المطبوع: « وليمة ».

(٢) في المطبوع: « لأجل القاضي » بدل: « للقاضي ».

وقال القاضي أبو حامد: هو كإجابة الوليمة؛ يَعْمُ الجميع، أو يتركُ الجميع، والصحيح: الأول، وبه قطع الجمهور؛ لأن معظم المراد بهذه الأنواع الثواب، ولا فرق في هذه الأنواع بين المتخاصمين وغيرهما، هكذا قاله الأكثرون. وفي «أمالي أبي الفرج»^(١): أنه لا يعودُ الخصم ولا يزوره إذا قَدِم، لكن يشهدُ جنازته.

الطرف الرابع: في البحث عن حال الشهود وتركيتهم.

وفيه مسائل:

الأولى: لا يجوزُ للقاضي أن يتخذ شهوداً معيّنين، لا يقبل شهادة غيرهم؛ لما فيه من التضيق على الناس.

الثانية: إذا شهد عنده شهود، نُظِرَ:

إن عرف فسقهم، ردَّ شهادتهم، ولم يحتج إلى بحث، وإن عرف [١٢٤٣ / ب] عدالتهم، قَبِلَ شهادتهم، ولا حاجة إلى التعديل، وإن طلبه الخصم وفيه وجه سبق في القضاء بالعلم، وإن لم يعرف حالهم، لم يَجْزُ قبولُ شهادتهم، والحكمُ بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل، سواء طعن الخصم فيهم، أو سكت.

ولو أقرَّ الخصمُ بعدالتهما، ولكن قال: أخطأ في هذه الشهادة، فوجهان.

أحدهما: يحكم بشهادتهما بلا بحثٍ عنهما؛ لأن البحثَ لحقُّه، وقد اعترف بعدالتهما.

وأصحُّهما: لا بد من البحث والتعديل؛ لحقَّ الله تعالى، ولهذا لا يجوزُ الحكم بشهادة فاسق، وإن رضي الخصم، ولأن الحكمَ بشهادته يتضمنُ تعديله، والتعديل لا يثبت بقول واحد.

وإن صدَّقتهما فيما شهدا به، قضى القاضي بإقراره بالحق، واستغنى عن البحث عن حالهما، وكذا لو شهد واحدٌ فصدَّقَه.

ولو شهد معلوماً عدالةً، ثم أقرَّ المشهود عليه بما شهدا به قبل حكم القاضي، فهل يستند الحكم إلى الإقرار دون الشهادة، أم إليهما جميعاً؟ وجهان حكاهما الهروي. قال: والصحيح منهما الأول.

والثاني : حكاه الفوراني في « المناظرة » .

وذكر الهروي أنه لو أقر^(١) بعد الحكم بشهادتهما ، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة ، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له أم قبله ، وفيما قبل التسليم وجهٌ ضعيفٌ .

وأنه لو قال الخصم للشاهد قبل أداء الشهادة : ما تشهد به علي فأنت عدلٌ صادق ، لم يكن ذلك إقراراً ؛ لكنه تعديلٌ للشاهد ، إن كان من أهل التعديل .

فرعٌ : إذا جهل [القاضي] إسلام الشاهد ، لم يقنع بظاهر الدار ؛ بل يبحث عنه ، ويكفي فيه قولُ الشاهد .

ولو جهل حريته بحث أيضاً ، ولا يكفي فيه قوله على الأصح ؛ لأنه لا يستقل بها بخلاف الإسلام .

وحكى ابنُ كَجَّ وجهاً : أنَّ الاستزكاء لا يجب مطلقاً إلا إذا طلبه الخصم ، وليس بشيء .

فرعٌ : قال في « العدة »^(٢) : إذا استفاض فسقُ الشاهد بين الناس ، فلا حاجة إلى البحث والسؤال ، ويجعلُ المستفيض^(٣) كالـمعلوم .

الثالثة : ينبغي أن يكون للقاضي مُرْكُونٌ ، وأصحابُ مسائلٍ ، فالمرْكُونُ : هم^(٤) المرجوع إليهم لبيّنوا حالَ الشهود ، وأصحابُ المسائل هم الذين يعثهم إلى المرْكِين ، ليعثوا ، ويسألوا ، وربما فسّر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي رَحْمَةُ اللهِ بالمرْكِين .

ثم المخبرون عن فسقِ الشهود وعدالتهم ضربان .

أحدهما : مَنْ نَصَبه الحاكم للجرح والتعديل مطلقاً ، أو في واقعةٍ خاصّة ، فيسمع

(١) كلمة : « أقر » ساقطة من المطبوع .

(٢) العدة هنا : لأبي المكارم الروياني ابن أخت صاحب « البحر » .

(٣) في (أ) : « الاستفاضة » ، وكذلك في نسخة بهامش (ظ) .

(٤) في (ظ) : « هو » .

الشهادة عليها^(١)، وما ثبت عنده أنها إلى القاضي .

والثاني: مَنْ يشهد بالعدالة، أو الفسق، ثُمَّ مِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ يشهدُ أصالةً، ومنهم من يشهدُ على شهادة غيره .

والأولُ قد يعرفُ الحالَ، فيشهدُ، وقد لا يعرفُ، فيأمره القاضي بالبحث؛ ليعرفَ، فيشهدَ، كما يوكلُ القاضي بالغريب الذي يدَّعي الإفلاس مَنْ يبحثُ عنه، ويُخالطه؛ ليعرفَ إفلاسه، فيشهدَ .

وأما الثاني، فهو شاهد فرع، والقياسُ أنه لا يشهدُ إلاَّ عند غيبة الأصل، أو تعذر [١٢٤٤ / أ] حضوره، وكذا ذكره الهرويُّ، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما ينازع فيه .

وإذا أرادَ الحاكمُ البحثَ عن حالِ الشهودِ، كتبَ اسمَ الشاهدِ، وكُنْيَتَهُ إنِ اشتهرَ بها، وولاءَهُ إنِ كانَ عليه ولاءٌ، واسمَ أبيه، وجَدَّهُ، وحليَّتَهُ، وحِرْفَتَهُ، وسوقَهُ، ومسجدَهُ؛ لئلاً يشتَبَهَ بغيره، فإن كان مشهوراً^(٢)، وحصلَ التمييزُ ببعض هذه الأوصافِ، كفى، ويكتبُ أيضاً اسمَ المشهود له، والمشهود عليه، فقد يكون بينهما ما يمنعُ شهادتَهُ له، أو عليه؛ من قرابة، أو عداوة .

وفي قَدْرِ المالِ وجهان .

أحدهما: لا يكتبُهُ؛ لأنَّ العدالة لا تتجزأ، والصحيحُ المنصوصُ أنه يذكرُهُ؛ لأنه قد يغلبُ على الظنِّ صدقُ الشاهد في القليل دون الكثير، وأمَّا دعوى الأولِ أنَّ العدالة لا تتجزأ، فقد حكى أبو العباس الرُّومانيُّ^(٣) في ذلك وجهين، وبنى عليهما: أنه لو عدلَ، وقد شهدَ بمالٍ قليل، ثم شهدَ في الحالِ بمالٍ كثير، هل يحتاجُ إلى تجديدِ تركيةٍ، ويكتبُ إلى كُلِّ مُزَكٍّ كتاباً، ويدفعه إلى صاحبِ مسألةٍ، ويخفي كلَّ كتاب عن غير مَنْ دفعه إليه وغير مَنْ بعثه إليه؛ احتياطاً . ثُمَّ إذا وقَّفَ القاضي على ما عند المزكِّين، فإن كان جَرَحاً لم يظهرهُ، وقال للمدَّعي: زِدْني في الشهود، وإن كان تعديلاً، عملَ بمقتضاها .

(١) في (أ): «عليهما» .

(٢) في المطبوع: «مشهوداً»، تحريف .

(٣) هو أحمد بن محمد الروياني صاحب «الجرجانيات» .

ثم حكى الأصحابُ والحالةُ هذه وجهين في أن الحكم بقول المزكّين، أم بقول أصحاب المسائل؟ قال أبو إسحاق: بقول المزكّين؛ لأن أصحاب المسائل شهودٌ على شهادة، فكيف تقبلُ مع حضور الأصل، وإنما هم رُسُلٌ؟! وعلى هذا: يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً، فإن عادَ بالجرّح، توقّف القاضي، وإن عادَ بالتعديل، دعا مُزكّيّن ليشهدا عنده بعدالة الشاهد، ويُشيرا إليه، ويأمن بذلك من الغلط من شخصٍ إلى شخص.

وقال الإصطخريُّ: إنما يحكمُ بقول أصحاب المسائل، وبينى على ما ثبت عندهم بقول المزكّين.

قال ابنُ الصَّبَّاح: وهذا وإن كان شهادةً على شهادة، تقبلُ للحاجة؛ لأنّ المُزكّي لا يكلف الحضور، وقولُ الإصطخريِّ أصحُّ عند الشيخ أبي حامد، والقاضي أبي الطيّب، وغيرهما.

قالوا: وعلى هذا: إنما يعتمدُ القاضي قولَ اثنين من أصحاب المسائل، فإن وَصَفَاهُ بالفُسق، فعلى ما سبق، وإن وَصَفَاهُ بالعدالة أحضر الشاهدين^(١) ليشهدا بعدالته، ويشيرا^(٢) إليه. وإذا تأملتُ كلامَ الأصحاب، فقد تقول: ينبغي أن لا يكون في هذا خلافاً محققاً؛ بل إن وليَّ صاحب المسألة الجرح والتعديل، فحكمُ القاضي مبنيٌّ على قوله، ولا يعتبرُ العدد؛ لأنه حاكم، وإن أمره بالبحث، بحثٌ ووقفٌ على حال الشاهد، وشهدَ بما وقفَ عليه، فالحكمُ أيضاً مبنيٌّ على قوله، لكن يعتبرُ العدد؛ لأنه شاهد، وإن أمره بمراجعة مُزكّيّن، فصاعداً وبأن يعلمه بما عندهما، فهو رسولٌ محض، والاعتمادُ على قولهما، فليحضرا، ويشهدا. وكذا لو شهد^(٣) على شهادتهما؛ لأن شهادته^(٤) الفرع لا تقبلُ مع حضور الأصل.

فَرَعُ: مَنْ نُصِّبَ حَاكِماً فِي الْجَرْحِ^(٥) وَالتَّعْدِيلِ^(٦) [١٢٤٤ / ب] اعتبرَ فيه صفات

(١) في الأصول: «الشاهد»، المثبت من (فتح العزيز: ١٢ / ٥٠٣).

(٢) في (أ): «ويشير».

(٣) في (ظ): «شهدا».

(٤) في (أ): «شاهد»، وفي المطبوع: «الشاهد».

(٥) الجرح: إظهار المعاييب.

(٦) التعديل: التزكية.

القضاة، ومن شهر بالعدالة أو الفسق، اشترط فيه صفات الشهود، ويشترط مع ذلك العلم بالعدالة والفسق وأسبابهما، وأن يكون المعدل خبيراً بباطن حال من يعدله؛ لصحبة، أو جوار، أو مُعاملة، ونحوها. قال في «الوسيط»: ويلزم القاضي أن يعرف أن المزكي خبير بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا علم من عادته أنه لا يُزكي إلا بعد الخبرة. ثم ظاهر لفظ الشافعي رحمته الله اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة؛ لأنه لا يمكن الاختبار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال: شدة الفحص والإمعان تقوم مقام التقادم^(١)، ويمكن الاختبار في مدة يسيرة، وليس ذكر التقادم على سبيل الاشتراط^(٢)؛ لأن الغالب أن المعرفة الباطنة لا تحصل إلا بذلك، ويوضح هذا ما ذكرنا أن القاضي يأمر بالبحث؛ ليعرف حال الشاهد فيزكيه، ولو اعتبرنا التقادم لطالت المدة، وتضرر المتدعيان بالتأخير الطويل.

أمّا الجرح، فيعتمد فيه المعاينة أو السماع؛ فالمعاينة؛ بأن^(٣) يراه يزني، أو^(٤) يشرب الخمر، والسماع؛ بأن يسمعه يقذف، أو يُقرّ على نفسه زناً، أو شرب خمر؛ فإن سمع من غيره، نظر:

إن بلغ المخبرون حدّ التواتر، جاز الجرح؛ لحصول العلم، وكذا إن لم يبلغوا^(٥) التواتر؛ لكنه^(٦) استفاض، جاز الجرح أيضاً، صرح به ابن الصبّاغ، والبغوي^(٧) وغيرهما.

ولا يجوز الجرح بناءً على خبر عدد يسير، لكن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة، وذكر البغوي؛ تفرعاً على قول الإصطخري في أن الحكم بقول أصحاب المسائل؛ أنه يجوز أن يعتمد فيه أصحاب المسائل خبر واحد من الجيران إذا وقع في نفوسهم صدقه، وهل يشترط ذكر سبب رؤية الجرح أو سماعه؟ وجهان.

(١) في المطبوع زيادة: «في المعرفة الباطنة».

(٢) في المطبوع زيادة: «بل».

(٣) في المطبوع: «أن».

(٤) في المطبوع: «أن» بدل «أو».

(٥) في المطبوع: «يلغ»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٠٥).

(٦) في المطبوع: «لكن»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٠٥).

(٧) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٨٨).

أحدهما: نَعَمْ، فيقول مثلاً: رأيتُه يزني، وسمعتُه يَقْدِفُ. وعلى هذا القياس يقول في الاستفاضة: استفاضَ عندي.

والثاني، وهو المذكور في «الشامل»: لا حاجةَ إليه، وليس للحاكم أن يقول: من أين عَرَفْتَ حاله؟ وعلى أي شيء بَيَّنْتَ شهادتك؟ كما في سائر الشهادات، وهذا أقيس، ويحكى عن ابن أبي هُريرة، والأول أشهر.

ولا يجعلُ الجارح بذكر الزنى قاذفاً للحاجة، كما لا يجعلُ الشاهد قاذفاً، فإن لم يوافقه غيره، فليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنى، هل يجعلون قَذْفَةً؟ فيه القولان.

قلتُ: المختار، أو الصواب: أنه لا يجعلُ قاذفاً، وإن لم يوافقه غيره؛ لأنه معذور في شهادته بالجرح؛ فإنه مسؤول عنها^(١)، وهي^(٢) في حَقِّه فرضُ كفاية، أو متعيّنة، فهو معذورٌ بخلاف شهود الزنى؛ فإنهم مندوبون إلى السِّرِّ، فهم مقصرون. والله أعلم.

ولو أخبره^(٣) بعدالته مَنْ يَحْصُلُ بِهِمْ^(٤) الاستفاضة، وهم من أهل الخبرة بباطن مَنْ يُعَدِّلُونَهُ^(٥)، لم يبعدُ أن يجوزَ له تعديله بذلك، وتقام خبرتهم مقامَ خبرته، كما أُقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته.

فَرَعٌ: وينبغي أن يكونَ المزكُّونَ وإفري العقول^(٦)؛ لئلاً يُخدَعُوا، وبُراءَ من الشَّحناءِ^(٧)، والعصبية في النسب، والمذهب، ويجتهدُ في إخفاء أمرهم؛ لئلاً يُشَهَّرُوا في الناس بالتزكية، وهل يشترطُ لفظُ الشهادة من المزكِّي؟ وجهان.

أصحهما: نَعَمْ، فيقول: أشهدُ أنه عدلٌ.

فَرَعٌ: لا يجوزُ أن يزكِّيَ أحدُ الشاهدين الآخرَ، وفيه وجهٌ ضعيفٌ [١٢٤٥ / أ].

(١) في المطبوع: «عنهما».

(٢) في (ظ): «فهي».

(٣) في (أ): «ولو أخبر».

(٤) في المطبوع: «بخبره» بدل: «بهم».

(٥) في المطبوع: «يعدلون».

(٦) وافر العقل: أي: تام العقل (النظم المستعذب: ٢ / ٢٩٥).

(٧) الشحناء: العداوة (النظم المستعذب: ٢ / ٢٩٤).

وعن «كتاب حَزْمَلَة»: أنه لو شهد اثنان، وعدّلهما آخرا، لا يعرفهما القاضي، وزكّي الآخرين مزكّيان للقاضي، جاز.

ولو زكّي ولده أو والدّه، لم يُقبَل على الصحيح، وبه قطع العبادي^(١)، وغيره.

فَرَع: لا تَبْتُ العِدَالَة بمجرّد رُقعة المزكّي على الصحيح؛ لأن الخط لا يعتمد في الشهادة كما سبق، وجوّز^(٢) القاضي حُسَيْن الاعتماد^(٣) على الرُقعة.

قال في «الوسيط»: تفرّيعاً على الأول: يكفي رسولان مع الرُقعة، وأنّ الصحيح وجوب المشافهة، وهذا ظاهر إن كان القاضي يحكمُ بشهادة المزكّين، فأما إن ولي بعضهم الحكم بالعدالة والجرح، فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي.

فَرَع: لا يقبل الجرح المطلق؛ بل لا بدّ من بيان سببه، ولا حاجة إلى بيان سبب التعديل؛ لأن أسبابه غير منحصرة، وفيه وجه ضعيف حكاه في «العدة»^(٤)، وليس بشيء، والأصح أنه يكفي أن يقول: هو عدل.

وقيل: يشترط أن يقول: عدل عليّ ولي، وهو ظاهر نصه في «الأُم» و«المختصر»، لكن تأوله الأولون، أو جعلوه تأكيداً، لا شرطاً. ولا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلّا خيراً، أو: لا أعلم منه ما تُردّ به الشهادة.

المسألة الرابعة: إذا ارتاب القاضي بالشهود، أو توهم غلطهم؛ لخفة عقلٍ وجدّها فيهم، فيبغي أن يُفرّقهم، ويسأل كلّ واحدٍ منهم عن^(٥) وقت تحمّل الشهادة؛ عاماً، وشهراً، ويوماً، وغدوةً، أو عشيّةً، ومكان محلّة، وسكّة، ودار وصفة، ويسأله^(٦): أنحمّل وحده، أم مع غيره؟ وأنه كتب شهادته أم لا؟ وأنه كتب قبل فلان

(١) هو أبو الحسن العبادي صاحب «الرقم».

(٢) في (أ)، والمطبوع: «وجوّزه».

(٣) في المطبوع: «للاعتناء».

(٤) العدة هنا: لأبي المكارم الروياني ابن أخت أبي المحاسن الروياني.

(٥) في (ظ) زيادة: «كلّ».

(٦) في المطبوع: «ويسأل».

أم بعده ؟ وكتبوا بحِزْبٍ أم بِمَدَادٍ، ونحو ذلك ؟ ليستدلَّ على صِدْقِهِمْ إِنْ اتَّفَقَتْ
كَلِمَتُهُمْ، ويقف إِنْ لَمْ تَتَّفَقْ.

وَإِذَا أَجَابَهُ أَحَدُهُمْ، لَمْ يَدَعُهُ يَرْجِعْ إِلَى الْبَاقِينَ حَتَّى يَسْأَلَهُمُ الْقَاضِي؛ لئَلَّا
يُخْبِرَهُمْ بِجَوَابِهِ.

وَمَتَى اتَّفَقُوا عَلَى الْجَوَابِ، أَوْ لَمْ يَتَعَرَّضُوا لِلتَّفْصِيلِ، وَرَأَى أَنَّ يَعْظُمَهُمْ،
وَيَحْذَرُهُمْ عَقُوبَةُ شَهَادَةِ الزُّورِ، فَعَلَّ، فَإِنْ أَصْرُوا، وَجَبَ الْقَضَاءُ إِذَا وَجَدَ شَرْطَهُ،
وَلَا عِبْرَةَ بِمَا يَبْقَى مِنْ رِبْيَةٍ.

وَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِيهِمْ خَفَّةً، وَلَا رِبْيَةً، فَالصَّحِيحُ الَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ: أَنَّهُ
لَا يَفْرَقُهُمْ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ غَضًا مِنْهُمْ.

وَقَالَ الرُّوْيَانِيُّ: يَفْرَقُهُمْ.

وَقَالَ الْبَغَوِيُّ^(١): إِنْ فَرَّقَهُمْ بِمَسْأَلَةِ الْخَصْمِ، فَلَا بِأَسَ.

ثُمَّ إِنْ التَّفْرِيقَ وَالِاسْتِفْصَالَ جَعَلَهُ الْغَزَالِيُّ بَعْدَ التَّرْكِيبِ، وَالصَّحِيحُ الَّذِي قَالَهُ^(٢)
الْعِرَاقِيُّونَ وَغَيْرُهُمْ، أَنَّهُ قَبْلَ الْاسْتِرْكَاءِ، فَإِنْ أَطْلَعَ عَلَى عَوْرَةٍ، اسْتَغْنَى عَنِ الْاسْتِرْكَاءِ
وَالْبَحْثِ عَنْ حَالِهِمْ، وَإِنْ لَمْ يَطَّلِعْ؛ فَإِنْ عَرَفَهُمْ بِالْعَدَالَةِ، حَكَمَ، وَإِلَّا فَحِينَئِذٍ
يَسْتَرْكِي، وَهَلْ هَذَا التَّفْرِيقُ وَالِاسْتِفْصَالُ وَاجِبٌ أَمْ مُسْتَحَبٌّ؟ فِيهِ أَوْجُهُ.

الصَّحِيحُ الَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ كَيْجٍ، وَالْبَغَوِيُّ، وَعَامَّةُ الْأَصْحَابِ، وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِلْفِظِ
« الْمَخْتَصَرِ »: أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ.

وَالثَّانِي: وَاجِبٌ، قَالَهُ الْإِمَامُ^(٣)، وَالْغَزَالِيُّ. قَالَا: وَلَوْ تَرَكَه وَقَضَى مَعَ
الْارْتِيَابِ، لَمْ يَنْفُذْ.

وَالثَّلَاثُ: إِنْ سَأَلَ الْخَصْمَ وَجَبَ، وَإِلَّا، فَلَا.

الخَامِسَةُ: تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْجَرْحِ عَلَى بَيِّنَةِ التَّعْدِيلِ؛ لَزِيَادَةِ عِلْمِ
الْجَارِحِ [١٢٤٥ / ب] فَلَوْ اِنْعَكَسَ الْأَمْرُ؛ بِأَنَّهُ قَالَ الْمَعْدُلُ: قَدْ عَرَفْتُ السَّبَبَ الَّذِي

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ١٩٠).

(٢) في المطبوع: « علله » بدل: « قاله ».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٨١).

ذكره الجارح، لكنّه تاب منه، وحَسُنَتْ حاله، قُدِّمَتْ بينهُ التعديل؛ لأن مع المعدّل - هنا - زيادة علم، كذا ذكره جماعة، منهم صاحب « الشامل ».

وقول الواحد لا يُقبلُ في الجرح، فضلاً عن تقديمه.

السادسة: عُدِّلَ الشاهد، ثم شهدَ في واقعة أُخرى، فإن لم يُطْلَ الزمان، حُكِمَ بشهادته، ولا يطلبُ تعديله ثانياً، وإن طال، فوجهان.

أصحُّهما: يطلبُ تعديله ثانياً؛ لأنَّ طولَ الزمان يغيِّرُ الأحوال، ثم يجتهدُ الحاكمُ في طولِه وقصره.

السابعة: شهادة^(١) المسافرين، والمجتازين من القوافل، كشهادة غيرهم في الحاجة إلى التعديل، فإن عَدَّلَهما مَزَكَّيان في البلد، أو عَدَّلَ مَزَكَّيان اثنين من القافلة، ثم هُما عَدَّلا الشاهدين، قُبِلَت شهادتهما، وإلاّ، فلا.

الثامنة: سأل القاضي عن الشهود في غير مَحَلٍّ ولايته، فعدَّلوا، ثم عادَ إلى مَحَلٍّ ولايته، قال ابنُ القَاصِّ: له الحكمُ بشهادتهم إن جَوَّزنا القضاءَ بالعلم، وخالفه أبو عاصم^(٢)، وآخرون، وقالوا: القياسُ منعه، كما لو سمع البيّنةَ خارجَ ولايته.

التاسعة: عُدِّلَ شاهدٌ، والقاضي يتحقَّقُ فسقَه بالتسامُع، قال الإمام^(٣): الذي يجبُ القطعُ به؛ أنه يتوقَّف ولا يقضي.

العاشر: تقبل شهادة الحِسْبَةِ على العدالة والفسق؛ لأن البحث عن حال الشهود، ومنع الحكم بشهادة الفاسق، حقٌّ لله عزَّ وجلَّ.



(١) في المطبوع: « شهادات ».

(٢) أبو عاصم: هو العبَّادي، محمد بن أحمد الهروي.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٤٨٨).

الباب الثالث في القضاء على الغائب

هو جائز في الجملة، وحكى صاحب «التقريب»^(١) قولاً، عن رواية حرمة: أنه لا يجوز إلا إذا كان للدعوى اتصالٌ بحاضر، والمشهور: الأول، وبه قطع الأصحاب.

وفي الباب أطراف:

الأول: في الدعوى، ويشترط في الدعوى على الغائب ما يشترط فيها على الحاضر، من بيان المدعى، وقدره، وصفته، وقوله: إني مطالب بالمال. ولا يكفي الاقتصار على قوله: لي عليه^(٢) كذا.

ويشترط أن يكون للمدعي بينة، وإلا، فلا فائدة، وأن يدعي جحود الغائب^(٣)؛ فإن قال: هو مقرر، لم تسمع بيئته، ولغت دعواه، وإن لم يتعرض لجحوده، ولا إقراره، فهل تسمع بيئته؟ وجهان.

أصحهما: نعم؛ لأنه قد لا يعلم جحوده في غيبته، ويحتاج إلى الإثبات، فجعلت الغيبة، كالسكوت. وفي «فتاوى القفال»: أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه، ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما إذا كان للغائب مالٌ حاضر، وأراد إقامة البينة على دينه، ليوفيه القاضي، تُسمع بيئته ويوفيه، سواء

(١) صاحب التقريب: هو القاسم بن القفال الشاشي الكبير.

(٢) في المطبوع: «عليك»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥١١).

(٣) في المطبوع: «جحوده» بدل: «جحود الغائب».

قال: هو مُقَرَّرٌ، أو جاحِدٌ، وهل على القاضي لِسَمَاعِ الدَّعْوَى عَلَى الْغَائِبِ أَنْ يُنْصَبَ مُسَخَّرًا^(١) يَنْكُرُ عَلَى الْغَائِبِ؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لَتَكُونَ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِنْكَارِ مَنْكَرٍ.

وأصْحُهُمَا عَلَى^(٢) مَا ذَكَرَهُ الْبُغْوِيُّ: لَا^(٣)؛ لِأَنَّ الْغَائِبَ قَدْ يَكُونُ مُقَرَّرًا، فَيَكُونُ إِنْكَارُ الْمُسَخَّرِ كَذِبًا. ومقتضى هذا التوجيه: أن لا يجوز نصبُ المُسَخَّرِ، لكن الذي ذكره أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ، وغيره: أن القاضي [١٢٤٦ / ١] مخيرٌ، إن شاء نصب، وإلا، فلا.

الطرفُ الثَّانِي: في التحليفِ، فيحلفُ القاضي المدَّعي عَلَى الْغَائِبِ بعد قيامِ الْبَيِّنَةِ، وتعديلها: أنه ما أبرأه من الدَّيْنِ الذي يدَّعيه، ولا من شيءٍ منه، ولا اعتاضَ، ولا استوفى، ولا أحالَ عليه هو، ولا أخذَ من جهته؛ بل هو ثابتٌ في ذِمَّةِ المدَّعي عليه، يلزمه أدائُه. ويجوزُ أن يقتصرَ، فيحلفه عَلَى ثبوتِ المالِ في ذِمَّتِهِ، ووجوبِ تسليمه. وكذا يحلف مع البيِّنَةِ الْوَارِثُ إذا كان المدَّعي عليه صبيًّا، أو مجنونًا، أو ميتًا ليس له وارثٌ خاص^(٤)، فإن كان، حلفَ بِسؤالِ الْوَارِثِ.

وحكى أَبُو الْحُسَيْنِ^(٥) الطَّرْسُوسِيُّ - من أصحابنا - قولاً: أنه لا يحلفُ في الدَّعْوَى عَلَى غَائِبٍ^(٦) مع البيِّنَةِ وهو مذهبُ المِزْنِيِّ، والمشهورُ: الأولُ، لكن هل^(٧) التحليفُ واجبٌ، أم مستحبٌّ؟ وجهان، ويقال: قولان.

أصْحُهُمَا: الْوَجُوبُ، ومنهم مَنْ قَطَعَ بِهِ.

(١) مُسَخَّرًا: أي يعمل بلا أجر.

(٢) كلمة: « عَلَى » ساقطة من المطبوع.

(٣) كلمة: « لَا » ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « حاضر » المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥١٢).

(٥) كذا في الأصول الخطية، وفي (فتح العزيز: ١٢ / ٥١٣): « أبو الحسين »، ولعلَّ الصواب « أبو الحسن »، فقد ترجمه ابن هداية الله في (طبقات الشافعية ص: ٨٣) فقال: « هو أبو الحسن علي بن الحسن الطَّرْسُوسِي. قال العبَّادِيُّ: هو معاصرُ أَبِي الطَّيْبِ السَّائِي... »، وانظر: (تاريخ دمشق لابن عساكر: ٤١ / ٣٣٤ - ٣٣٥، ترجمة رقم: ٤٨٥١)، و(الذيل على طبقات ابن الصَّلاح: ٢ / ٧٣٧).

(٦) قوله: « عَلَى غَائِبٍ » ساقط من المطبوع.

(٧) في المطبوع: « هذا » بدل: « هل ».

ومن قال بالاستحباب، قال: لأنَّ تداركَ التحليفِ باقٍ، والوجوبُ في الميت، والصبيِّ، والمجنونِ أُولَى؛ لعجزهم عن التدارك، لكن الخلافَ مُطَرَّدٌ فيهم، حكاه أبو الحسن العبادي، وجماعةٌ، وبنى على هذا: ما لو أقامَ قِيمُ طفلٍ بينةً على قِيمِ طفلٍ؛ فإنَّ أوجبنا التحليفَ، انتظرنا حتَّى يبلغَ المُدَّعى له، فيحلف، وإن قلنا بالاستحباب، قضى بها، ولا يشترط^(١) في اليمين - هنا - التعرض لصديق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد؛ لأنَّ البينة هنا كاملةٌ، وقيل: يشترطُ.

فَرْعٌ^(٢): إذا لم يدَّعِ بنفسه؛ بل ادَّعى وكيلُهُ على غائب، لا يحلف؛ بل يعطى المالَ إن كان للمدَّعى^(٣) عليه هناك مالٌ، ولو كان المدَّعى عليه حاضراً، وقال للمدَّعي بالوكالة بعد أن أقامَ البينة عليه: أبرأني موكلُك الغائبُ، وأراد التأخيرَ إلى أن يحضر الموكلُ، فيحلف، لم يمكَّنْ منه؛ بل عليه تسليمُ الحقِّ، ثم يثبتُ الإبراء من بعدُ إن كانت له حُجَّةٌ. وكذا لو ادَّعى وليُّ الصبيِّ ديناً للصبيِّ، فقال المدَّعى عليه: إنه أتلَّفَ عليَّ من جنس ما تدَّعيه قدَّرَ دينه، لم ينفعه؛ بل عليه أداء ما أثبتَّه الوليُّ، فإذا بلغَ الصبيُّ، حلفه.

ولو قال المدَّعى عليه في مسألة الوكيل^(٤): أبرأني موكلُك الغائبُ، فاحلفَ أنك لا تعلمُ ذلك، قال الشيخ أبو حامد: له تحليفُهُ على نفي العلم، ومن الأصحاب من يخالفه، ولا يحلف الوكيل. ولك أن تقول: مُقتضى ما ذكره الشيخ أنَّ يحلفَ القاضي وكيل المدَّعي على الغائب على نفي العلم بالإبراء وسائر الأسباب المُسقطَة نيابةً عن المدَّعى عليه فيما يتصور منه لو حَضَرَ، كما ناب عنه في تحليف من يدَّعي لنفسه.

فَرْعٌ: يجوزُ القضاء على الغائب بشاهدٍ ويمينٍ، كالحاضر، وهل يكفي يمينٌ، أم يشترطُ يمينان أحدهما لتكملَ الحُجَّةُ، والثاني لنفي المُسقطاتِ؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني.

(١) في (ظ، أ) زيادة: «التعرض».

(٢) كلمة: «فرع» ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: «المدعى» بدل: «للمدعى».

(٤) في المطبوع: «التوكيل»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥١٤).

فَرَعُ: تَعَلَّقَ بِرَجُلٍ، وَقَالَ: أَنْتَ وَكِيلُ فُلَانٍ الْغَائِبِ، وَلِيَّ عَلَيْهِ كَذَا، وَأَدَّعَى عَلَيْكَ، وَأَقِيمَ الْبَيِّنَةَ فِي وَجْهِكَ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكِيلٌ، وَأَرَادَ أَنْ لَا يَخَاصِمَ، فَلْيَعْرِضْ نَفْسَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ: لَا أَعْلَمُ أَنِّي وَكِيلٌ، وَلَا يَقُولُ: لَسْتُ بِوَكِيلٍ [١٢٤٦ / ب] فَيَكُونُ مَكْذَبًا لِبَيِّنَةٍ قَدْ تَقَوْمُ بِالْوَكَالَةِ، وَهَلْ لِلْمَدَّعِي إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى وَكَالَةٍ مَنْ تَعَلَّقَ بِهِ؟ وَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لَيْسْتَغْنِي عَنْ ضَمِّ الْيَمِينِ إِلَى الْبَيِّنَةِ، وَلِيَكُونَ الْقَضَاءُ مُجْمَعًا عَلَيْهِ.

وَأَصْحُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّ الْوَكَالََةَ حَقٌّ لَهُ، فَكَيْفَ يُقَامُ بَيِّنَةٌ بِهَا قَبْلَ دَعْوَاهُ؟ !

الطَّرْفُ الثَّالِثُ: فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي ^(١)، فَالْقَاضِي بَعْدَ سَمَاعِ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةِ عَلَى الْغَائِبِ، قَدْ يَقْتَضِرُ عَلَيْهِ، وَيُنْهَى الْأَمْرَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ، لِيَحْكُمَ، وَيُسْتَوْفِيَ، وَقَدْ يَحْلِفُهُ كَمَا سَبَقَ، وَيَحْكُمُ، وَعَلَى التَّقْدِيرِ الثَّانِي: قَدْ يَكُونُ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ، يُمْكِنُ آدَاءُ الْحَقِّ مِنْهُ فَيُؤَدَّى، وَقَدْ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ، فَيَسْأَلُ الْمَدَّعِي الْقَاضِيَ إِنْهَاءَ الْحُكْمِ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ، فَيَجِيبُهُ إِلَيْهِ. وَلِلْإِنْهَاءِ طَرِيقَانِ.

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَشْهَدَ عَلَى حُكْمِهِ عَدْلَيْنِ، يَخْرُجَانِ إِلَى ذَلِكَ الْبَلَدِ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يَكْتُبَ بِذَلِكَ كِتَابًا أَوَّلًا، ثُمَّ يَشْهَدَ، وَصُورَةُ الْكِتَابِ:

« حَضَرَ فُلَانٌ، وَأَدَّعَى عَلَى فُلَانٍ الْغَائِبِ الْمَقِيمِ بِبَلَدٍ كَذَا، وَأَقَامَ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَهُمَا فُلَانٌ وَفُلَانٌ، وَقَدْ عُدُّلَا عِنْدِي، وَحَلَفْتُ الْمَدَّعِي، وَحَكَمْتُ لَهُ بِالْمَالِ، فَسَأَلَنِي أَنْ أَكْتُبَ إِلَيْكَ فِي ذَلِكَ، فَأَجَبْتُهُ، وَأَشْهَدُ بِذَلِكَ فُلَانًا وَفُلَانًا ».

وَلَا يَشْتَرُطُ تَسْمِيَةُ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْحُكْمِ، وَلَا ذِكْرُ أَصْلِ الْإِشْهَادِ، وَلَا تَسْمِيَةُ شُهُودِ الْحَقِّ؛ بَلْ يَكْفِي أَنْ يَكْتُبَ: شَهِدَ عِنْدِي عُذُولٌ، وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَصِفَهُمُ بِالْعَدَالَةِ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِمْ تَعْدِيلًا لَهُمْ، ذَكَرَهُ فِي « الْعُدَّة ».

وَيَجُوزُ أَنْ لَا يَتَعَرَّضَ لِأَصْلِ الشَّهَادَةِ، فَيَكْتُبَ: حَكَمْتُ بِكَذَا بِحُجَّةٍ أَوْجَبَتْ الْحُكْمَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْكُمُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَقَدْ يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ، إِذَا جَوَّزَنَاهُ، وَهَذِهِ حِيلَةٌ يَدْفَعُ بِهَا الْقَاضِي قَدَحَ الْحَنْفِيَّةِ إِذَا حَكَمَ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ.

وفي فحوى كلام الأصحاب وجهٌ ضعيفٌ مانع من إيهام^(١) الحجة؛ لما فيه من سدّ باب الطعن والقُدْح على الخصم.

ويستحبُّ للقاضي أَنْ يَخْتِمَ^(٢) الكتابَ، ويدفعَ إلى الشاهدين نسخةً غيرَ مختومة، ليطالعاها، ويتذكرا عند الحاجة، وَأَنْ يذكرَ في الكتابَ نَقْشَ خاتمه الذي يَخْتِمُ به، وَأَنْ يثبتَ اسمَ نفسه، واسمَ المكتوبِ إليه في باطنِ الكتابِ، وفي العنوانِ أيضاً.

وأما الإشهاد؛ فإنَّ أشهدَهما أنه حكم بكذا، ولا كتابَ، شهدا به، وقُبِلَتْ شهادتُهما، وإنَّ أنشأ الحكم بين أيديهما، فلهما أَنْ يشهدا عليه، وإنَّ لم يشهدَهما، وإنَّ كتبَ، ثمَّ أشهدَ، فينبغي أَنْ يقرأ الكتابَ، أو يقرأ بين يديه عليهما ثم يقول لهما: اشهدا عليَّ بما فيه، أو على حُكْمِي المبيّن فيه.

وفي «الشامل»: أنه لو اقتصرَ بعد القراءة على قوله: هذا كتابي إلى فلان، أجزأ.

وحكى ابنُ كَبَجٍّ وجهاً: أنه يكفي مجردُ القراءة عليهما.

والأحوطُ أَنْ ينظرَ الشاهدانِ وقتَ القراءة عليهما في الكتابَ، فلو لم يقرأ الكتابَ عليهما، وَلَمْ يعلمَا ما فيه، وقال^(٣) القاضي: أشهدكما على أَنْ هذا كتابي، أو ما فيه خطِّي، لم يَكْفِ، ولم يكن لهما أَنْ يشهدا على حُكْمِهِ؛ لأنَّ الشيء قد يكتب من غيرِ قصدٍ بحقيقة.

ولو قال: أشهدكما على أَنْ ما فيه [حكمي]، أو على أَنِّي قضيتُ بمضمونه، فوجهان.

أصحُّهما: لا يكفي حتَّى يفصلَ ما حكم به.

والثاني: يكفي؛ لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه، ويجري

(١) في (ظ): «إنهاء».

(٢) الخَتْمُ: هو أن يجعل على الكتاب شيء من شمع أو ما شاكله، ويعلم عليه بعلامة من كتاب أو غيره (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٤).

(٣) في المطبوع: «قال» بدون «الواو».

الخلافة [١٢٤٧ / أ] فيما لو قال المقرُّ: أشهدتك على ما في هذه القَبالة^(١)، وأنا عالم به، لكن الأصحَّ عند الغزالي في الإقرار أنه يكفي، حتَّى إذا سلَّم القَبالة إلى الشاهد، وحفظها الشاهد، وأمن التحريف، جاز له أن يشهد على إقراره؛ لأنه يُقرُّ على نفسه، والإقرار بالمجهول صحيح. وقطع الصَّيْمَرِيُّ بأنه لا يكفي في الإقرار أيضاً حتَّى يقرأه ويحيط بما فيه. قال: وهو مذهب الشافعي، وأبي حنيفة، رحمهما الله، ويشبه أن يكون الخلاف في أن الشاهد هل يشهد أنه أقرَّ بمضمون القَبالة مفصلاً؟ فأما الشهادة على أنه أقرَّ بما في هذا الكتاب مُبهماً، فينبغي أن يقبل بلا خلاف كسائر الأقايرِ المُبهمة. ثم سواء شهد كذا أو كذا، فإنما يشهد إذا كان الكتاب محفوظاً عنده، وأمن التصرف فيه^(٢).

فَرَعٌ: التعويلُ على شهادة الشهود، والمقصودُ من الكتاب التذكُّر، ومن الختم الاحتياط، وإكرامُ المكتوبِ إليه، فلو ضاع الكتاب، أو امَّحى، أو انكسر الختم، وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما، قُبِلَت شهادتهما، وقُضي بها، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب، عُمِلَ بشهادتهما، ولا يكفي الكتاب المجرَّد. وقال الإصطخري: إذا وثق المكتوبُ إليه بالخط والختم، كفى، والصحيح: الأول.

ويشترطُ إشهادُ رجلين عَدَلَيْن، فلا يُقبل رجلٌ وامرأتان، وقيل: يُقبلُ إن تعلقت الحكومةُ بمال.

وذكر ابنُ كَجَّ أنه لو كان الكتابُ برؤية هلالِ رمضان، كفى شهادة واحدٍ على قولنا: يَثْبُتُ بواحد.

وأنه لو كتب بالزنى، وجوَّزنا كتاب القاضي إلى قاضٍ في العقوبات، هل يثبتُ برجلين، أم يشترطُ أربعة؟ وجهان؛ بناءً على القولين في الإقرار بالزنى.

فَرَعٌ: إذا وصلَ كتابُ القاضي وحامله إلى قاضي البلد الآخر، أحضرَ الخصمَ،

(١) القَبالة: تقبَّلتُ العمل من صاحبه: إذا التزمته بعقدٍ، والقَبالة، بالفتح: اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الإنسان من عمل، أو دين، وغير ذلك. قال الزمخشري: كُلُّ مَنْ تَقَبَّلَ بشيءٍ مقاطعةً، وكتب عليه بذلك كتاباً، فالكتاب الذي يُكتبُ هو القَبالة بالفتح (المصباح: ق ب ل).

(٢) كلمة: « فيه » ساقطة من المطبوع.

فَإِنْ أَقَرَّ بِالْمَدْعَى، استوفاه، وَإِلَّا فَيَشْهَدُ^(١) الشَّاهِدَانِ [أَنْ] هَذَا كِتَابُ الْقَاضِي فلان، وختمه، حَكَمَ فِيهِ لِفُلَانٍ بِكَذَا عَلَى هَذَا، وقرأه علينا، وأشهدنا به، ولو لم يقولوا: أشهدنا به، جاز، ولا يكفي ذكرهما الكتاب والختم؛ بل لا بُدَّ مِنَ التَّعَرُّضِ لحكمه.

ثم في « التهذيب »^(٢)، و« الرَّقْمُ »: أَنَّ الْقَاضِيَّ إِنَّمَا يَفُضُّ^(٣) الْخَتَمَ بَعْدَ شَهَادَةِ الشُّهُودِ وَتَعْدِيلِهِمْ.

وذكر الهروي: أَنَّهُ يَفْتَحُ الْكِتَابَ أَوَّلًا، ثُمَّ يَشْهَدُونَ، وَيُؤَافِقُ هَذَا قَوْلَ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ: أَنَّ الشُّهُودَ يَقْرَأُونَ الْكِتَابَ، ثُمَّ يَشْهَدُونَ؛ لِيَقْفُوا عَلَى مَا فِيهِ، وَيَعْلَمُوا أَنَّهُ لَمْ يُحَرَّفْ^(٤)، وَلَيْسَ هَذَا خِلَافًا فِي الْجَوَازِ، وَكَيْفَ وَقَدْ عُرِفَ أَنَّ الْخَتَمَ مِنْ أَصْلِهِ لَا اعْتِبَارَ بِهِ، فَكَمَا تَقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى مَا لَا خَتَمَ عَلَيْهِ تَقْبَلُ عَلَى الْمَفْضُوضِ خَتْمُهُ، وَسَوَاءٌ فَضَّهَ الْقَاضِي، أَوْ غَيْرُهُ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي الْأَدَبِ وَالِاحْتِيَاظِ.

فَزُعْ: يَجُوزُ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى قَاضٍ مَعَيَّنٍ، وَيَجُوزُ أَنْ يَطْلُقَ، فَيَكْتُبَ إِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنَ الْقَضَاةِ. وَإِذَا كَانَ الْكِتَابُ إِلَى مَعَيَّنٍ، فَشَهِدَ شَاهِدًا الْحُكْمَ عِنْدَ حَاكِمٍ آخَرَ، قَبْلَ شَهَادَتِهِمَا، وَأَمَضَاهُ، وَإِنْ لَمْ يَكْتُبْ: وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنَ الْقَضَاةِ؛ اعْتِمَادًا عَلَى الشَّهَادَةِ، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْكَاتِبُ، وَشَهِدَا عَلَى حُكْمِهِ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ [١٢٤٧ / ب]، أَوْ مَاتَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَشَهِدَا عِنْدَ مَنْ قَامَ مَقَامَهُ، قَبْلَ شَهَادَتِهِمَا، وَأَمَضَى الْحُكْمَ.

والعزل، والجنون، والعمى، والخرس كال موت.

ولو كتب القاضي إلى خليفته، ثم مات القاضي، أو عُزِلَ، تَعَدَّرَ عَلَى الْخَلِيفَةِ الْقَبُولُ وَالْإِمضَاءُ إِنْ قَلْنَا: يَنْعَزِلُ بَانْعِزَالِ الْأَصْلِ.

ولو ارتدَّ القاضي الكاتب أو فسق، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فوجهان.

(١) في (أ): « فليشهد ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٠١).

(٣) في المطبوع: « نقض » تصحيف.

(٤) في المطبوع: « لم يخرق »، تحريف.

قطع ابنُ القاصِّ، وصاحبُ «المهذَّب»^(١)، و«التهذيب»^(٢) وآخرون؛ بأن الكتاب إن كان بالحكم المُبرَم، أمضي؛ لأن الفسقَ الحادث لا يؤثرُ في الحكم السابق، وإن كان بسماعِ الشهادة، لم يُقبل، ولم يحكم به، كما لو فسقَ الشاهد قبل الحكم.

وأطلق ابنُ كَجٍّ: أنه لا يقبلُ كتابُهُ إذا فسقَ، وهو مُقتضى كلام الشيخ أبي حامد، وابنِ الصَّبَّاحِ.

فَرَعٌ: شُهودُ الكتابِ والحُكْم، يُشترطُ ظُهورُ عدالتهم عند المكتوب إليه، وهل ثبتُ عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم؟ وجهان، قال القفالُ الشاشيُّ^(٣): نَعَمْ؛ للمحاجة.

والأصحُّ: المنعُ؛ لأنه تعديلٌ قبل أداء الشهادة، ولأنه كتعديل المدعي شهوده، ولأن الكتاب إنما يثبتُ بقولهم، فلو ثبت به عدالتهم لثبت بقولهم، والشاهد لا يزكي نفسه.

فَرَعٌ: ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسمَ المحكوم له، والمحكوم عليه، وكُنتيهما، واسمَ أبويهما، وجَدَّيهما، وحِلَّتَيْهما، وصَنَعَتَيْهما، وقبيلَتَيْهما؛ ليسهل التمييز؛ فإن كان مشهوراً، ظاهر الصَّيت، وحصل الإعلامُ ببعض ما ذكرنا، اكتفي به.

وإذا أثبت الأوصاف كما ذكرنا، فحملَ الكتاب إلى المكتوب إليه، وأحضرَ الحاملَ عنده مَنْ زعمه^(٤) محكوماً عليه، نُظِرَ:

إن شهدَ شهودُ الكتابِ والحكم على عَينه؛ لأن القاضي الكاتبَ حكمَ عليه، طُوبى بالحقِّ، وإن لم يشهدوا على عَينه، لكن شهدوا على موصوفٍ بالصفات المذكورة في الكتاب، فأنكرَ المحضر؛ أن ما في الكتاب اسمه ونسبه، فالقولُ قوله

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٥٢٢).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٠٢).

(٣) القفال الشاشي: هو أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل، المعروف بالقفال الشاشي الكبير.

(٤) في المطبوع: «مَنْ زعم».

بيمينه^(١)، وعلى المدّعي البيّنة على أنه اسمه ونسبه، فإن لم تكن بيّنة، ونكّل المحضّر، حلف المدّعي، وتوجّه له الحكم.

ولو قال: لا أحلف على أنه ليس اسمي ونسبي، ولكن أحلف على أنه لا يلزمني تسليم شيء إليه، فحكى الإمام^(٢)، والغزالي، عن الصّيدلاني: أنه يقبل منه اليمين هكذا، كما لو ادّعي عليه قرض، فأنكر، وأراد أن يحلف على أنه لا يلزمه شيء؛ فإنه يقبل، واختار: أنه لا يقبل، وفرّقاً بأن مجرد الدعوى ليس بحجّة، وهنا قامت بيّنة على المُسمّى بهذا الاسم، وذلك يوجب الحقّ عليه إن ثبت كونه المُسمّى.

وإن قامت البيّنة بأنه اسمه ونسبه، فقال: نعم؛ لكني^(٣) لستُ المحكوم عليه، فإن لم يوجد هناك مَنْ يشاركه في الاسم والصفات المذكورة، لزّمه الحكم؛ لأن الظاهر أنه المحكوم عليه. وإن وجد؛ بأن عرّفه القاضي، أو قامت عليه بيّنة، وأحضر المشارك، فإن اعترف بالحق، طُلب به، وخلص الأول، وإن أنكر [١٢٤٨ / أ]، بعث الحاكم إلى الكاتب بما وقع من الإشكال، ليحضر الشاهدين، ويطلب منهما مزيدَ صفةٍ يميّزُ بها المشهود عليه؛ فإن ذكرا مزيداً، كتب به^(٤) ثانياً، وإلاّ وقف الأمر حتّى تنكشف.

ولو أقام المحضّر بيّنة على موصوفٍ بتلك الصفات كان هناك، وقد مات؛ فإن مات بعد الحكم، فقد وقع الإشكال، وإن مات قبله؛ فإن لم يعاصره المحكوم له، فلا إشكال، وإن عاصره، حصل الإشكال على الأصح. هذا كلّهُ إذا أثبت القاضي اسمَ المحكوم عليه، ونسبه، وصفته كما سبق، أما إذا اقتصر على قوله: حكمتُ على محمد بن أحمد مثلاً، فالحكم باطل؛ لأنّ المحكوم عليه مُبهم، ولم يتعيّن بإشارة، ولا وصفٍ كاملٍ بخلاف ما إذا استقصى الوصف، وظهر^(٥) اشتراك على الثّدور، حتّى لو اعترف رجلٌ في بلد المكتوب إليه؛ بأنه محمد بن أحمد وأنه المعنيّ

(١) في المطبوع: «مع يمينه».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥١٣).

(٣) في (أ)، والمطبوع: «لكن».

(٤) في المطبوع: «إليه».

(٥) في المطبوع: «فظهر».

بالكتاب، لم يلزمه ذلك الحكم؛ لبطلانه في نفسه، إلا أن يُقَرَّ بالحق، فيؤاخذ به، هذا هو الصحيح، وهو الذي نقله الإمام^(١)، والغزالي، وغيرهما.

وذكر ابنُ القاصِّ، وأبو عليَّ الطبريُّ: أنه إذا وردَ الكتابُ، أحضرَ القاضي المكتوبَ عليه، وقرأ عليه الكتابُ؛ فإن أقرَّ أنه المكتوبُ عليه، أخذه به، سواء كان رفعَ نسبه، وذكرَ صفته، أم لا، ولا شكَّ أنه لو شهدَ الشهودُ كما ينبغي، إلا أنه أبهم في الكتاب اسمَ المكتوبِ عليه تُقبلُ الشهادة، ويعملُ بمقتضاها؛ لما سبق أن الاعتبار بقولِ الشهودِ، لا بالكتاب.

فصل: سبق أنَّ لإنهاء حكم القاضي إلى قاضي [آخر] طريقين .

أحدهما: المكاتبَةُ، وسبقَ .

والطريق الثاني: المُشافهة، وتتصوَّرُ من أوجهٍ .

أحدها: أن يجتمعَ القاضي الذي حكمَ، وقاضي بلدٍ الغائبِ في غيرِ البلدين، ويخبره بحُكمه .

والثاني: أن ينتقلَ الذي حكمَ إلى بلدٍ الغائبِ، ويخبره؛ ففي الحالين لا يقبلُ قوله، ولا يمضي حكمه؛ لأن إخباره في غيرِ موضعٍ ولايته، كإخبارِ القاضي بعد العزلِ .

والثالث: أن يحضرَ قاضي بلدٍ الغائبِ في بلد الذي حكمَ، فيخبره، فإذا عاد إلى محلِّ ولايته، هل^(٢) يُمضيهِ ؟ إن قلنا: يقضي بعلمه؛ فنعم، وإلا، فلا، على الأصحَّ، كما لو قال ذلك القاضي: سمعتُ البينةَ على فلان بكذا؛ فإنه لا يرتب^(٣) الحكم عليه إذا عاد إلى محلِّ ولايته .

والرابع: أن يكونا في محلِّ ولايتهما؛ بأن وقفَ كُلُّ واحدٍ في طرفِ محلِّ ولايته، وقال الحاكمُ: حكمتُ بكذا، فيجبُ على الآخرِ إمضاؤه؛ لأنه أبلغُ من الشهادةِ والكتاب، وكذا لو كان في البلد قاضيانِ وجوزَّناه . فقال أحدهما للآخر:

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥١٤ - ٥١٥) .

(٢) في المطبوع: « فهل » .

(٣) في المطبوع: « يرتب » .

حكمتُ بكذا؛ فإنه يُمضيه، وكذا إذا قاله القاضي لنائبه في البلد، وبالعكس.

ولو خرج القاضي إلى قرية له فيها نائب، فأخبر أحدهما الآخر بحُكمه، أمضاه الآخر؛ لأنَّ القرية محلٌّ ولايتهما.

ولو دخل النائب البلد، فقال للقاضي: حكمتُ بكذا، لم يقبله.

ولو قال له القاضي: حَكَمْتُ بكذا، ففي إمضائه إيَّاه، إذا عاد إلى قريته الخلاف في القضاء بالعلم.

فَرُوع: إذا حكم القاضي بحقٍّ، وشفافه به والياً غير قاضٍ، ليستوفيه، فله أن يستوفي في محل ولاية [١٢٤٨ / ب] القاضي، وكذا خارجه على الصحيح.

ولو كاتب القاضي والياً غير قاضٍ؛ فإن كان صالحاً للقضاء وقد فوّض إليه الإمام نظرَ القضاة وتولية مَنْ يراه، جازت مكاتبته، كما تجوزُ مكاتبته الإمام الأعظم، نصَّ عليه في «المختصر».

وإن لم يكن صالحاً، أو كان، ولم يفوّض إليه نظرَ القضاة، لم تجزُ مكاتبته؛ لأن سماعَ البيّنة يختصُّ بالقضاة.

فَصْلٌ: ذكرنا في أوّل الطّرف، أنَّ القاضي بعد سَماعِ البيّنة قد يحكمُ، ويُنهيه إلى حاكمٍ آخر، وقد يقتصرُ على السماع ويُنهيه، وفرغنا من القسم الأول.

وأما الثاني: فنقدّم عليه مقدّمة فيما يمتازُ به أحد القسمين عن^(١) الثاني، وفي فروعٍ تتعلّق بالحُكم.

اعلم: أنَّ صيغَ الحُكم كقوله^(٢): حَكَمْتُ على فلانٍ لفلانٍ بكذا، وألزمتهُ كما^(٣) سبق في الأدب الخامس من الباب الثاني، فلو قال: ثبتَ عندي كذا بالبيّنة العادلة، أو صَحَّ، فهل هو حكمٌ؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم؛ لأنه إخبار عن تحقيق الشيء جَزْماً.

وأصحُّهما: لا؛ لأنه قد يُراد به قبول الشهادة، واقتضاء البيّنة صحة الدعوى،

(١) في المطبوع: «على».

(٢) في المطبوع: «في قوله» بدل: «كقوله».

(٣) في المطبوع: «لما».

فصار كقوله: سمعتُ البينة وقبلتها، ولأن الحكم هو الإلزام، والثبوت ليس بإلزام.

وأما ما يكتبُ على ظهورِ الكتبِ الحكمية وهو: صحَّ ورودُ هذا الكتابِ عليّ، فقبلته قبول مثله، وألزمتُ العملَ بموجبه، فليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب، وإثبات الحجة، ولا يجوزُ الحكمُ على المدعى [عليه] إلا بعد سؤال المدعى على الأصح، وهل يصحُّ أن يلزم القاضي الميت موجب^(١) إقراره في حياته؟ وجهان.

ويشترطُ تعيينُ ما يحكمُ به، ومنَ يحكمُ له، لكن قد يتلى القاضي بظالم يريدُ ما لا يجوزُ، ويحتاجُ إلى مُلاينته، فرخص له في^(٢) دفعه بما يوهّم أنه أسعفه بمُرادِه.

مثالُه: أقام خارجُ بينةً [وداخلُ بينةً، والقاضي يعلم فسق بينةٍ] الداخل، ولكنه يحتاجُ إلى مُلاينته، وطلب الحكم؛ بناءً على ترجيح بينة الداخل، فيكتب: حكمتُ بما هو مُقتضى الشرع في معارضة بينة فلان الداخل، [وفلان الخارج]، وقررتُ المحكومَ به في يد المحكوم له، وسلطتُه عليه، ومكنته من التصرف فيه، إذا ثبتت هذه المقدمة، فإذا لم يحكم القاضي، وأنهى ما جرى من الدعوى والبينة بالكتاب، سمّي ذلك^(٣) « كتاب نقل الشهادة » و« كتاب التثبيت »، أي: تثبيت الحجة. وينص على الحجة، فيذكر أنه قامت عنده بينة، أو شاهد ويمين، أو نكل المدعى عليه، وحلف المدعى. وإنما ينص على الحجة؛ ليعرف المكتوب إليه تلك الحجة، فقد لا يرى بعض ذلك حجة^(٤)، وهل يجوزُ أن يكتب بعلم نفسه، ليقضي به المكتوب إليه؟ قال في « العدة »: لا يجوزُ، وإن جَوَزنا القضاء بالعلم؛ لأنه ما لم يحكم به هو كالشاهد، والشهادة لا تتأدّى بالكتابة.

وفي « أمالي السرخسي »^(٥): جوازُه، ويقضي به المكتوبُ إليه إذا جَوَزنا القضاء بالعلم.

(١) في المطبوع: « بموجب ».

(٢) كلمة: « في » لم ترد في المطبوع.

(٣) في المطبوع: « بذلك ».

(٤) في المطبوع: « الحجة ».

(٥) السرخسي: هو أبو الفرج الزَّائِد.

وإذا كتب بسماع البيّنة، فليسمّ الشاهدين، والأوّل أن يبحث عن حالهما ويعدّلهما؛ لأن أهل بلدهما أعرف بهما، فإن لم يفعل، فعلى المكتوب إليه البحث والتعديل. وإذا^(١) عدّل، فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدين؟ قال الإمام^(٢)، والغزالي: لا، والقياس الجواز، كما أنه إذا حكم [١٢٤٩ / أ]، استغنى عن تسمية الشهود، وهذا هو المفهوم من كلام البغوي، وغيره، وهل يأخذ المكتوب إليه بتعديل الكاتب^(٣)، أم له البحث وإعادة التعديل؟ لفظ الغزالي يقتضي الثاني، والقياس الأوّل.

قلت: هذا الذي جعله القياس هو الصواب. والله أعلم.

ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدّعي، والقول في إشهد القاضي، وفي أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم إن كان هناك مَنْ يشاركه في الاسم على ما سبق في القسم الأوّل. وإذا عدّل الكاتب شهود الحقّ، فجاء الخصم ببيّنته على جرحهم سمعت، ويقدم على التعديل، وإن استمهل؛ لبيّنة^(٤) الجرح، أمهل ثلاثة أيام، هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم، وكذا لو قال: أبرأني، أو قضيت الحقّ، واستمهل، لقيم البيّنة عليه.

ولو قال: أمهلوني حتّى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم؛ فإني لا أتمكّن من جرحهم إلّا هناك، أو قال: لي بيّنة أخرى هناك دافعة، لم يمهل؛ بل يؤخذ الحقّ منه، فإن^(٥) أثبت جرحاً أو دفعا، استردّ، وسواء في ذلك كتاب الحكم، وكتاب نقل الشهادة.

وفي «العُدّة»: أنه لو سأل المحكوم عليه إخلاف الخصم؛ أنه لا عداوة بينه وبينهم، وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه، أجابه إليه، ولو سأل إخلافه على عدّالته، لم يُجبّه، وكفى تعديل الحاكم إيّاهم، وأنه لو ادّعى قضاء الدّين، وسأل

(١) في المطبوع: «إذا» بدون «الواو».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥١٧).

(٣) في المطبوع: «الكتاب».

(٤) في (ظ)، والمطبوع: «البيّنة».

(٥) في المطبوع: «فإذا».

إحلافه : أنه لم يستوفه، لم يحلف؛ لأن الكاتب أحلفه. وذكر البغوي في مثله في دعوى الإبراء أنه يحلفه : أنه لم يبرئه، فحصل وجهان.

فَرُعٌ: في مُشافهة القاضي قاضياً بسماع البينة، فإذا نادى قاضٍ من طرفٍ ولايته قاضياً من طرفٍ ولايته : إني سمعتُ البينة بكذا، أو جَوَزنا قاضيين في بلد، فقال ذلك قاضٍ لقاضٍ، هل للمَقُولِ له الحكمُ بذلك ؟ قال الإمام، والغزالي : يبنى ذلك على أنَّ سماعَ البينة وإنهاءَ الحال إلى قاضٍ آخر، هل هو نقلٌ لشهادة^(١) الشهود، كنقل الفروع شهادة الأصول، أم حكمٌ بقيام البينة ؟ وفيه وجهان.

فعلى الأول: لا يجوز، كما لا يحكم بالفرع مع حضور الأصل.

وعلى الثاني: يجوز، كما في الحكم المُبرم، وهذا أرجح عند الإمام، والغزالي، والصحيح: الأول، وبه قال عامةُ الأصحاب، وقالوا أيضاً: كتابُ السماع؛ إنما يقبلُ إذا كانت المسافةُ بين الكاتب وبين الذي بلغه الكتاب بحيث يقبلُ في مثلها الشهادة على الشهادة، وهذا نصُّه في « عُيون المسائل »^(٢).

ولو قال الحاكم لخليفته: اسمعْ دعوى فلانِ وبَيِّنَتِه، ولا تحكم به حتَّى تعرفني، ففعل، هل للحاكم أن يحكم به ؟ القياسُ أنه كإنهاء أحدِ القاضيين في البلد إلى الآخر؛ لإمكانِ حضورِ الشهود عنده، لكن الأَشبه هنا الجواز، وبه أجاب أبو العباس الرُّوياني^(٣)، مع توقُّفٍ فيه.

الطرف الرابع: في الحكم بالشيء الغائب على غائب.

الغَيْبَةُ والحضور إنما تتعاقبان الأعيان، فأما إذا كانت دعوى نكاح، أو طلاق، أو رجعة، أو إثبات وكالقة، فلا يوصف المدَّعي بغيبة ولا حضور، وكذا إذا كان المدَّعي [ب / ١٢٤٩] ديناً. ومتى ادَّعى عيناً؛ فإن كانت حاضرة مُشاراً إليها، سُلمت إلى المدَّعي إذا تَمَّت حُجَّتُه، وإن كانت غائبة، فلها حالان.

الأول: أن تكون غائبة عن البلد، فهي إمَّا عينٌ يؤمَّن فيها الاشتباه والاختلاط،

(١) في (ظ)، والمطبوع: « كشهادة ».

(٢) هو عُيون المسائل في نصوص الشافعي لأبي بكر، أحمد بن الحسين الفارسي المتوفى في حدود سنة (٣٥٠ هـ).

(٣) في « الجرجانيَّات ». انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٥٢٦).

كالعقار، وعبد، وفرس معروفين، وإمّا غيرها.

والقسم الأول يسمع القاضي البيّنة [عليه]، ويحكم، ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال ليسلمه إلى المدعي.

ويعتمد في العقار على ذكر البقعة، والسكة، والحدود، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدّين، أو ثلاثة، ولا يجب التعرّض للقيمة على الأصح؛ لحصول التمييز دونه.

وأما القسم الثاني، كغير المعروف من العبد، والدواب، وغيرها، فهل يسمع البيّنة على عينها وهي غائبة؟ قولان.

أحدهما: نعم، كما يسمع على الخصم الغائب؛ اعتماداً على الحلية، والصفة، ولأنه يحتاج إليه كالعقار.

والثاني: لا؛ لكثرة الاشتباه، وبهذا قال المزني، ورجّحه طائفة، منهم أبو الفرج الزّاز^(١)، والأول اختيار الكرايسي، والإصطخري، وابن القاص، وأبي علي الطبري، وبه أفتى القفال. فإذا قلنا به، فهل يحكم للمدعي بما قامت به البيّنة؟ قولان.

أحدهما: نعم، كالعقار.

وأظهرهما: لا؛ لأن الحكم مع خطر الاشتباه والجهالة بعيد. والحاصل ثلاثة أقوال.

أظهرها: تسمع البيّنة^(٢) ولا يحكم.

والثاني: لا تسمع، ولا يحكم.

والثالث: تسمع ويحكم، هذه طريقة الجمهور، وطردوها في جميع المنقولات التي لا تعرف، وقال الإمام^(٣)، والغزالي: مالا يؤمن فيه الاشتباه ضربان.

(١) هو أبو الفرج السرخسي، عبد الرحمن بن أحمد.

(٢) في (ظ)، والمطبوع: زيادة: « فينبغي أن يبلغ البيّنة »، ليست في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٢٧).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٢٥).

ما يمكن تمييزه بالصفات، والحُلَى، كالحَيَوَانِ، وما لا يمكن؛ لكثرة أمثاله، كالكَرْبَاسِ^(١)، فالأولُ على الأقوالِ الثلاثة، وقَطَعَا في الكَرْبَاسِ، ونحوه، بأنه لا ترتبُ الدعوى والحكمُ بالعين؛ فإن قلنا: يسمع البينة، فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف بما يمكن الاستقصاء والتعرض للثبات. وبماذا يضبط بعد ذكر الجنس والنوع؟ قولان حكاهما الهروي، وغيره.

أحدهما: يتعرّض للأوصاف^(٢) المعتبرة في السّلم.

والثاني: يتعرّض للقيمة، وتكفي عن ذلك الصفات.

قالوا: والأظهر أن الركن في تعريف ذوات الأمثال ذكر الصفات، وذكر القيمة مستحب.

وفي^(٣) ذوات القيم، الركن القيمة، وذكر الصفات مستحب.

ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد المال بما جرى عنده من مجرد قيام البيّنة، أو مع الحكم، إن جوزنا الحكم المبرم؛ فإن أظهر الخصم هناك عبداً آخر بالاسم، والصفات المذكورة في يده، أو في يد غيره، فقد صار القضاء مبهماً، وانقطعت المطالبة في الحال، كما سبق في المحكوم عليه، وإن لم يأت بدافع؛ فإن كان الكتاب كتاب حكم، وجوزنا، حلف المدعي أن هذا المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان، ويسلم^(٤) إليه، ذكره ابن القاص في كتاب «آداب القضاء».

وإن كان كتاب سماع البيّنة، انتزع المكتوب إليه المال، وبعثه إلى الكاتب؛ ليشهد الشهود على عينه، وفي طريقه قولان.

أظهرهما وأشهرهما، وبه قطع [١/١٢٥٠] ابن الصبّاغ، وغيره: يسلم إلى المدعي، ويؤخذ منه كفيل ببدنه. وقال أبو الحسن العبّادي: يكفله قيمة المال، فإن ذهب إلى القاضي الكاتب، وشهد الشهود على عينه، وسلم له، كتب القاضي بذلك

(١) الكرباس: بكسر الكاف: الثوب الخشن، وهو فارسيّ معرّب (المصباح: ك ر ب).

(٢) في المطبوع: «لتعرض الأوصاف».

(٣) في المطبوع: «في» بدون: «الواو».

(٤) في (ظ): «وسلم»، وفي المطبوع: «وتسلم».

إبراء^(١) الكفيل، وإلا فعلى المدعى الرد، ومؤنته، ويختتم العين عند تسليمها إليه بختم لازم، فإن كان عبداً، جعل في عنقه القلادة، ويختتم عليها، والمقصود من الختم: أن لا يبدل المأخوذ بما لا يستريب الشهود في أنه له، وأخذ الكفيل واجب، والختم مستحب، وعلى هذا القول: لو كان المدعى^(٢) جارية، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنها كالعبد.

والثاني: لا تبعث أصلاً.

والثالث: تسلّم إلى أمين في الرقعة، لا إلى المدعى، وهذا حسن.

قلت: هذا الثالث هو الصحيح، أو الصواب. والله أعلم.

ثم المفهوم من كلام الجمهور: أن الشهود إذا شهدوا على عينه عند الكاتب، سلّمه إلى المدعى، وقد تمّ الحكم له، ثم يكتب إبراء الكفيل على ما ذكرنا.

وفي « الفروق » للشيخ أبي محمد: أنه يختتم على رقبته ختماً ثانياً، ويكتب بأني حكمت به لفلان، ويسلّمه إلى المكتوب له، ليردّه إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب، ويطلق الكفيل، ويسلّم العبد إلى المدعى.

والقول الثاني: أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه للمدعى، ويقبض منه الثمن، ويضعه عند عدل، أو يكفله بالثمن، فإن سلّم للمدعى بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب، كتب بردّ الثمن، أو براءة الكفيل، وبان بطلان البيع، وإلا فالبيع صحيح، ويسلّم الثمن إلى المدعى عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي [للمصلحة]، كما يبيع الضوّال.

وحكى الفورانيّ بدل هذا القول: أنه يسلّم إليه المال، ويأخذ القيمة، ويدفعها إلى المدعى عليه؛ للحيلولة بينه وبين ما يزعمه ملكاً له، ثم يستردّ هذه القيمة، سواء ثبت المال للمدعى، أم لا.

الحالة الثانية: أن تكون العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم دون البلد،

(١) في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٢٨): « ليبراً ».

(٢) في المطبوع: « للمدعى ».

فَإِنْ كَانَ الْخَصْمُ حَاضِرًا، أَمَرَ بِإِحْضَارِهَا^(١)؛ لِتَقْوَمَ الْبَيِّنَةُ عَلَى عَيْنِهَا، وَلَا تَسْمَعَ الشَّهَادَةُ عَلَى صِفَتِهَا. هَذَا هُوَ الْجَوَابُ فِي « فِتَاوَى الْقَفَالِ ».

وَيُشَبَّهُ أَنْ يَجِيءَ فِيهِ وَجْهٌ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الْبَلَدِ، هَلْ تَسْمَعُ الشَّهَادَةَ عَلَيْهِ مَعَ غَيْبَتِهِ عَنِ الْمَجْلِسِ؟ ثُمَّ إِنَّمَا يَوْمَرُ بِإِحْضَارِ مَا يُمْكِنُ إِحْضَارُهُ بِتَشِيرٍ، فَأَمَّا مَا لَا يُمْكِنُ، كَالْعَقَارِ، فَيَحْذَرُ الْمُدَّعَى وَيَقِيمُ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ بِتِلْكَ الْحُدُودِ؛ فَإِنْ قَالَ الشَّهَوْدُ: نَعَرَفُ الْعَقَارَ بَعِينَهُ، وَلَا نَعَرَفُ الْحُدُودَ، بَعَثَ الْقَاضِي مَنْ يَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ عَلَى عَيْنِهِ، أَوْ حَضَرَ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ الْمَشَارُ إِلَيْهِ بِالْحُدُودِ الْمَذْكُورَةِ فِي الدَّعْوَى، حَكَمَ، وَإِلَّا، فَلَا.

وَلَوْ كَانَ الْعَقَارُ مَشْهُورًا، لَا يَشْتَبَهُ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّحْدِيدِ^(٢)، وَأَمَّا مَا يَعْسُرُ إِحْضَارُهُ، كَشَيْءٍ ثَقِيلٍ، وَمَا أَثْبَتَ فِي الْأَرْضِ، أَوْ رُكِّبَ فِي الْجِدَارِ، وَأُورِثَ قَلْعُهُ ضَرَرًا، فَيَصْفُهُ الْمُدَّعَى، وَيَحْضُرُ الْقَاضِي عَنْده، أَوْ يَبْعَثُ مَنْ يَسْمَعُ الشَّهَادَةَ عَلَى عَيْنِهِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنُ وَصْفُهُ حَضَرَ الْقَاضِي عَنْده، أَوْ بَعَثَ مَنْ يَسْمَعُ الدَّعْوَى عَلَى عَيْنِهِ. وَذَكَرَ الْغَزَالِيُّ أَنَّ الْعَبْدَ الْمُدَّعَى لَوْ كَانَ يَعْرِفُهُ الْقَاضِي، حَكَمَ بِهِ دُونَ الْإِحْضَارِ، وَجَعَلَ هَذِهِ [١٢٥٠ / ب] الصُّورَةَ كَالْمُسْتَنَاقَةِ عَنْ صُورَةِ وَجُوبِ الْإِحْضَارِ. وَهَذَا الَّذِي قَالَه إِنْ أَرَادَ بِهِ الْعَبْدَ الْمَعْرُوفَ بَيْنَ النَّاسِ، فَهُوَ صَحِيحٌ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْعَقَارِ الْمَعْرُوفِ، وَالْعَبْدِ الْمَشْهُورِ الْغَائِبِ عَنِ الْبَلَدِ، فَأَمَّا إِنْ اخْتَصَّ الْقَاضِي بِمَعْرِفَتِهِ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِصَدَقِ الْمُدَّعَى، وَحَكَمَ بِعِلْمِهِ؛ تَفْرِيعًا عَلَى جَوَازِهِ، فَهُوَ قَرِيبٌ أَيْضًا، وَإِنْ حَكَمَ بِالْبَيِّنَةِ فَالْبَيِّنَةُ تَقُومُ عَلَى الصِّفَةِ، فَإِذَا لَمْ تَسْمَعْ الْبَيِّنَةُ بِالصِّفَةِ، وَجِبَ أَنْ يَمْتَنَعَ الْحُكْمَ، وَمَتَى أَوْجَبْنَا الْإِحْضَارَ، فَذَلِكَ إِذَا اعْتَرَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِاشْتِمَالِ يَدِهِ عَلَى مِثْلِ تِلْكَ الْعَيْنِ، وَإِنْ^(٣) أَنْكَرَ اشْتِمَالَ يَدِهِ عَلَى عَيْنِ بَتْلِكِ^(٤) الصِّفَةِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ؛ فَإِنْ حَلَفَ، كَانَ لِلْمُدَّعَى أَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِ الْقِيَمَةَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا هَلَكَتْ، ذَكَرَهُ الْبَغَوِيُّ، وَغَيْرُهُ. وَإِنْ نَكَلَ، وَحَلَفَ الْمُدَّعَى، أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً حِينَ أَنْكَرَ، كَلَّفَ إِحْضَارَهَا، وَحَبَسَ، وَلَا يَطْلُقُ إِلَّا بِالْإِحْضَارِ، أَوْ بِأَنْ يَدَّعِيَ التَّلَفَ، فَتَوَخَّذَ مِنْهُ الْقِيَمَةُ، وَتَقْبَلَ مِنْهُ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « بِإِحْضَارِهَا »، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٥٣٠).

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « لِلتَّحْدِيدِ » بَدَلُ: « إِلَى التَّحْدِيدِ ».

(٣) فِي (أ): « وَإِذَا ».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: « عَلَى غَيْرِ تِلْكَ » غَلَطَ.

دعوى التلف، وإن كانت خلاف قوله الأول للضرورة، وقيل: لا يطلق إلا بالإحضار^(١) أو بيّنة التلف، فإن لم يدّر المدّعي أنّ العين باقية، ليطالب بها، أو تالفة ليطالب بقيمتها، فادّعى على التردّد، وقال: غصب مني كذا؛ فإن كان باقياً، فعليه ردّه، وإن كان تالفاً، فقيمتُهُ، فوجهان.

أحدهما: لا يسمع دعواه؛ لعدم الجزم؛ بل يدّعي العين، ويحلف عليها، ثم يُنشئ دعوى القيمة، ويحلف عليها.

وأصحهما، وعليه عمل القضاء: يسمع للحاجة فيه، وعلى هذا: يحلف أنه لا يلزمه ردّ العين، ولا قيمتها، ويجري الوجهان، فيما لو سلّم ثوباً إلى دلال لبيعه، فطالبه به، فجحد، فلم يدّر صاحب الثوب أباعه، فيطالبه بالثمن، أم تلف، فيطالبه بالقيمة، أم هو باقٍ ليطالبه بالعين؟ فعلى الأول: يدعي العين في دعوى، والقيمة في أخرى، والثمن في أخرى.

وعلى الثاني: يدّعي أن عليه ردّ الثوب، أو ثمنه، أو قيمته، ويحلف الخصم يميناً واحدة؛ أنه لا يلزمه تسليم الثوب، ولا ثمنه، ولا قيمته.

ولو شهدوا أنه غصب منه عبداً بصفة كذا، فمات العبد، استحقّ بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة. وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً؛ فإن كان غائباً، والمال في البلد، كما وصّفنا أحضر مجلس الحكم أيضاً، وأخذ ممن في يده، ليشهد الشهود على عينه.

فَرَعٌ: لو كان الخصم حاضراً، والمدّعي ببلدة أخرى، فقياس ما سبق أنّا إن قلنا: تُسمع البيّنة بالمال الغائب، ويحكم به، فالقاضي يحكم عليه، وإن لم نجوز إلا السماع، فإذا سمع البيّنة، أمر بنقل المدّعي إلى مجلسه، كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم.

فَرَعٌ: ذكرنا أنّ المدّعي إن كان في البلد، كلّ المدّعي عليه إحضاره، وإن كان غائباً يبعثه القاضي المكتوب إليه على يد المدّعي، ولا يكلف المدّعي عليه الإحضار للمشقة، كما يكلف الحضور هناك، ولا يكلفه [هنا].

قال البغوي: فحيث أمر المدعي هنا بالإحضار، فمؤنة الإحضار عليه، إن ثبت أنه للمدعي، وإلا فعلى المدعي مؤنة الإحضار والرد جميعاً.

وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب إن لم يثبت أنه للمدعي [١٢٥١ / ١] فعليه رده إلى موضعه^(١) بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحمّلها من عنده، وإن ثبت أنه للمدعي، فقياس ما ذكره البغوي أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المدعي عليه.

وفي « أمالي السرخسي » أن القاضي ينفق على النقل من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، اقترض، فإن ثبت المال للمدعي عليه، لزمه رد القرض؛ لظهور^(٢) تعديّه، وإلا كلف المدعي رده؛ لظهور تعنته^(٣).

ثم قال العراقيون، والبغوي، وغيرهم: إذا نقل المدعي المال إلى بلد القاضي الكاتب، ولم يثبت كونه له، لزم المدعي مع مؤنة الرد أجرة المثل لمدة الحيلولة، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة، إذا^(٤) أحضره المدعي عليه، وهو في البلد، فاقترض سكوتهم المسامحة. وقد صرح بهذا الاقتضاء الغزالي، والفرق بين الحالين زيادة الضرر هناك.

الطرف الخامس: في المحكوم عليه، والأصل أن لا يسمع القاضي البيّنة، ولا يحكم إلا بحضور المدعي عليه، لكن هذا الأصل قد يترك لأسباب، وتفصيلها أن يقال: إذا لم يكن الخصم في مجلس القاضي، فإما أن يكون في البلد، وإما لا؛ فإن كان، نُظر:

إن كان ظاهراً يتأتى إحضاره، فهل يجوز سماع البيّنة عليه، والحكم من غير حضوره، أم لا، أم يجوز سماعها دون الحكم؟ فيه أوجه:

- (١) في المطبوع: « موضع »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٣٣).
- (٢) في المطبوع: « بظهور »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٣٣).
- (٣) نص السرخسي في أماليه كما في (النجم الوهاج: ١٠ / ٢٥٢): « أن القاضي ينفق على النقل من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، اقترض، فإن بان المال للمدعي، لزم المدعي عليه رد القرض؛ لظهور تعديّه، وإلا كلفه المدعي؛ لظهور تعنته ». قال الدميري معلقاً على هذا النص: « ووقع في « الشرح »، و« الروضة » النقل عنه مقلوباً، ولم يذكره في المهمات ».
- (٤) في المطبوع: « وإذا ».

الصحيح: المنعُ منهما، وأجري الخلافُ في الحاضر في مجلس الحكم، هل يسمعُ البينة عليه، ويحكم بغيرِ سؤالِهِ ومُراجعته؟ والمنعُ - هنا -: أظهرُ، وأولى.

وإنْ تعذَّرَ إحضارُهُ بتواريه، أو تعزُّزُهُ^(١)، جازَ سَماعُ الدعوى والبينة، والحكمُ عليه على الصحيح، ومنعه القاضي حُسَيْنٌ؛ فإنْ قلنا بالصحيح، فهل يحلفُ المدَّعي، كما يحلفُ المدَّعي على غائب؟ وجهان، وقطع «صاحبُ العُدَّة» بأنَّه لا يحلفُ؛ لأنَّ الخَصْمَ قادِرٌ على الحضور.

وإنْ لم يَكُنْ في البلدِ؛ فإنْ غابَ إلى مسافةٍ بعيدةٍ، جازَ الحكمُ عليه، وإنْ كانت قريبةً، فهو كالحاضر.

وفي ضبطِ البعيدةِ وجهان.

أحدهما: [ما]^(٢) تُقصرُ فيه الصلاةُ، والقريبةُ دونها.

وأصحُّهما: أن القريبة ما يَمكُنُ المبكرَ الرجوعَ منها إلى مسكنه ليلاً، فإن زادت، فبعيدة.

ولو كان للمتمردٍ وكيلٌ نصبهُ بنفسه، فهل يتوقَّفُ التحليفُ على طلبه؟ جوابان لأبي العباس الرُّوياني؛ لأنَّ الاحتياطَ والحالَةَ هذه من وظيفة الوكيل، وكذا لو كان للغائب وكيلٌ.

فصل: من أتى القاضي مُستَعدياً على خصمٍ، ليحضَرَهُ، فلخصمه حالتان^(٣).

الأولى: أن يكون بالبلدِ، وظاهراً يَمكُنُ إحضارُهُ، فيجبُ إحضارُهُ، وقال ابنُ سُرَيْجٍ: يحضرُ ذوي المروءاتِ في داره، لا في مجلسه، والصحيح: أنه لا فرق.

ثم الإحضارُ قد يكونُ بختمٍ من طينٍ رَطْبٍ، أو غيره يدفعُهُ إلى المدَّعي، ليعرضه على الخَصْمِ. وليكن مكتوباً عليه: أَجِبِ القاضي فلاناً، وقد يكونُ بشخصٍ من الأعوانِ المرتبِّين على باب القاضي، وتكون مؤنَّتُهُ على الطالب إن لم يكن لهم رِزْقٌ من بيتِ المالِ، وإنْ بَعَثَ الختمَ، فلم يُجبْ، بعثَ إليه العونَ، وإنْ ثبتَ عند

(١) في المطبوع: «بعذره»، غلط. انظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ٢٥٣).

(٢) ما بين حاصرتين من (أ).

(٣) في المطبوع: «حالان».

القاضي امتناعه [١٢٥١ / ب] بلا عُذر، أو ثبتَ سوءُ أدبه^(١)؛ بكسر الحَتم، ونحوه، استعان على إحضاره بأعوانِ السلطان، فإذا حضرَ عَزَّره بما يراه، وتكونُ مؤنة المُحضِّر والحالةُ هذه على المطلوب؛ لامتناعه.

وقيل: على المدَّعي، والصحيح: الأول؛ فإن اختفى بعثَ مَنْ ينادي على باب داره: أنه إن لم يحضُرْ إلى ثلاثِ سُمُرٍ باب داره، أو خُتِمَ عليه، فإن لم يحضُرْ بعد الثلاثِ، وسأل المدَّعي التَّسميرَ، أو الحَتمَ، أجابه إليه. وينبغي أن يتقرَّرَ عنده أنَّ الدارَ دارُهُ، وإذا عرفَ له موضع، قال ابنُ القاصِّ: يبعثُ القاضي جماعةً من النسوة والصُّبيان، والخصيان يهْجُمون عليه على هذا الترتيب، ويفتَشون. ومتى كان للمطلوب عُذرٌ مانع من الحضور، لم يكلَّف؛ بل يبعثُ إليه من يحكمُ بينه وبين خصمه، أو يأمره بنَضْبٍ وكيلٍ؛ ليخاصِمَ عنه، فإن وجبَ تحليفُهُ، بعثَ إليه مَنْ يحلفه. والعذرُ، كالمرضِ، أو حبسِ ظالمٍ، أو الخوفِ منه، وفي المرأة المخدَّرة خلافٌ، سيأتي إن شاء الله تعالى.

الحالة الثانية: أن يكون خارجَ البلد، فينظرُ:

إن كان خارجاً عن محلِّ ولايةِ القاضي لم يَكُنْ له [أن]^(٢) يحضِره.

وإن كان فيها؛ فإن كان له في ذلك الموضع نائبٌ، لم يحضِره؛ بل يسمعُ البينة، ويكتبُ إليه، هذا هو الصحيح.

وقيل: يلزَمُ إحضاره إذا طلب [الخصم]^(٣).

وقيل: يتخيَّر بين الأمرين، ذكره السَّرْحَسِيُّ في «الأمالِي».

وإن لم يَكُنْ هناك، فثلاثةُ أوجُه:

أحدهما، وبه قطعَ العراقيون: يُحضِره، قَرَّبَتِ المسافةُ أم بَعُدَتْ، لكن له أن يبعثَ إلى بلدِ المطلوبِ مَنْ يحكمُ بينه وبين المستعدي.

(١) في المطبوع: «سوادية» بدل: «سوء أدبه» غلط. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ٥٣٥ / ١٢).

(٢) ما بين حاصرتين من (أ).

(٣) ما بين حاصرتين من (أ).

والثاني: إن كان دون مسافة القَصْرِ، أحضره، وإلا، فلا.

والثالث: إن كان على مسافة العدوى^(١)، أحضره، وإلا، فلا، وهذا أصح عند الإمام^(٢). وإذا قلنا: لا يُحضره إذا كان هناك حاكم، فكذا لا يُحضره إذا كان هناك مَنْ يتوسَّط ويُصلح بينهما؛ بل يكتبُ إليه أن يتوسط ويصلح، فإن تعذر فحينئذ يُحضره، وحيث قلنا: يُحضر الخارج عن البلد، فذكر الإمام، والغزالي، وصاحب «العدَّة» أنه إنما يحضره إذا أقام المدَّعي بينةً على ما يدَّعيه، فقد لا يكون له حُجَّة، فيتضرَّر الخصم بالإحضار، لكن قد لا يكون له حُجَّة، ويقصدُ تحليفه لعله ينزجر، فيقرّ، ولم يتعرَّض الجمهور لما ذكروه^(٣)؛ لكن قالوا: يبحث القاضي عن جهة دعواه، فقد يريد مطالبته بما لا يعتقده، كذميّ أرادَ مطالبة مُسلم بضمانِ خمرٍ، بخلاف الحاضر في البلد لا يحتاجُ إلى البحث في إحضاره؛ لأنه ليس في الحضور عليه مشقة شديدة، ولا مُؤنة.

فَرَع: لو استعدى على امرأةٍ خارجةٍ عن البلد، هل يُحضرها، وهل يشترطُ أمنُ الطريق ونسوةٌ ثقات، وهل على القاضي أن يبعثَ إليها مَحْرَمًا لها؛ لتحضرَ معه؟ قال أبو العباسِ الرُّؤيانيُّ: في كل ذلك وجهان.

الأصح: أن يبعثَ إليها مَحْرَمًا، أو نسوةً ثقات.

فَصْل: إذا ثبت على غائب دين، وله مالٌ حاضر، فعلى القاضي توفيقُهُ منه إذا طالبَ المدَّعي، وإذا وَفَّى هل يطالب [١٢٥٢ / ١] المدَّعي بكفيل؟ وجهان.

أحدهما: نعم، فقد يكون للغائب دافع.

وأصحُّهما: لا؛ لأن الحكم قد تَمَّ، والأصلُ عدَمُ الدافع.

فَصْل: ذكرنا أنَّ القضاء على الغائب جائز، وذلك في غير العقوبات، وفي العقوبات ثلاثة أقوال.

(١) مسافة العدوى: هي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهاباً ورجوعاً، ومعناه أن يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى منزله قبل الليل (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٦٣)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٣٦)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٢٥٨ - ٢٥٩).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٣٦ - ٥٣٧).

(٣) في المطبوع: «ذكره».

المشهور: ثالِثُهَا إِنْ كَانَتْ لَأَدْمِيٍّ، كَقَصَاصٍ، وَحَدَّ قَذْفٍ، جَازَ، وَإِنْ كَانَتْ حَدًّا لِلَّهِ تَعَالَى، كَالزَّنا، وَالشُّرْبِ، وَقَطَعَ الطَّرِيقَ، فَلَا، فَإِنْ جَوَّزْنَا، كَتَبَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ؛ لِيَأْخُذَهُ بِالْعُقُوبَةِ. ثُمَّ لَا فَرْقَ بَيْنَ كِتَابِ الْحُكْمِ، وَكِتَابِ النُّقْلِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ.

وَقَالَ الْفُورَانِيُّ: الْخِلَافُ فِي كِتَابِ النُّقْلِ، فَأَمَّا كِتَابُ الْحُكْمِ فَيَقْبَلُ قِطْعًا فِي الْعُقُوبَتَيْنِ.

فَصْلٌ: إِذَا سَمِعَ الْقَاضِي بَيْنَهُ، فَعَزَلَ، ثُمَّ وَلِيَ ثَانِيًا، لَمْ يَحْكَمْ بِالسَّمَاعِ الْأَوَّلِ؛ لِبَطْلَانِهِ بِالْعَزْلِ؛ بَلْ تَجِبُ الاسْتِعَادَةُ.

وَلَوْ خَرَجَ عَنْ مَحَلِّ وِلَايَتِهِ، ثُمَّ عَادَ، فَلَهُ الْحُكْمُ بِالسَّمَاعِ الْأَوَّلِ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِبَقَاءِ وِلَايَتِهِ.

وَلَوْ سَمِعَ الشَّهَادَةَ عَلَى غَائِبٍ، فَقَدِمَ قَبْلَ الْحُكْمِ، لَمْ تَجِبِ الاسْتِعَادَةُ، لَكِنْ يَخْتَرُ، وَيُمْكِنُ مِنَ الْجَرْحِ، وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ الْحُكْمِ، فَهُوَ عَلَى حُجَّتِهِ فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ بِالْأَدَاءِ وَالْإِبْرَاءِ، وَجَرْحِ الشُّهُودِ، لَكِنْ يَشْتَرُطُ أَنْ يُوَرِّخَ الْجَارِحُ فَسَقَهُ بِيَوْمِ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَطْلُقَ احْتِمَالَ حَدُوثِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ. وَيَلُوحُ الصَّبِيُّ بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ، أَوْ بَعْدَ الْحُكْمِ كَقُدُومِ الْغَائِبِ.

فَصْلٌ: الْمَرْأَةُ الْمُخَدَّرَةُ هَلْ تَكْلِفُ حُضُورَ مَجْلِسِ الْحُكْمِ؟ وَجِهَان.

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، قَالَه ^(١) الْقَفَّالُ كغَيْرِهَا، فَعَلَى هَذَا: لَوْ حَضَرَ الْقَاضِي دَارَهَا، لِيَحْكَمْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَصْمِهَا، أَوْ بَعَثَ نَائِبًا، كَانَ لِلْخَصْمِ أَنْ يَمْتَنَعَ مِنْ دُخُولِ دَارِهَا، وَيَطْلُبَ إِخْرَاجَهَا.

وَأَصَحُّهُمَا: لَا، كَالْمَرِيضِ، وَسَبِيلُ الْقَاضِي فِي حَقِّهَا كَمَا سَبَقَ فِي الْمَرِيضِ، فَعَلَى هَذَا: قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: إِذَا حَضَرَ دَارَهَا نَائِبُ الْقَاضِي، تَكَلَّمَ مِنْ وَرَاءِ السِّتْرِ إِنْ اعْتَرَفَ الْخَصْمُ أَنَّهَا خَصْمُهُ، أَوْ شَهِدَ اثْنَانِ مِنْ مَحَارِمِهَا أَنَّهَا هِيَ الَّتِي ادَّعَى عَلَيْهَا، وَإِلَّا تَلَقَّفَتْ بِمِلْحَفَةٍ ^(٢)، وَخَرَجَتْ مِنَ السِّتْرِ.

(١) فِي (ظ): « قَالَ ».

(٢) مِلْحَفَةٌ: بَكْسَرُ الْمِيمِ: هِيَ الْمَلَأَةُ الَّتِي تَلْتَحِفُ بِهَا الْمَرْأَةُ (الْمَصْبَاحُ: ل ح ف).

ثم مَنْ لا تخرجُ أصلاً إلا للضرورة: فهي مُخَدَّرَةٌ، وَمَنْ لا تخرجُ إلا نادراً؛ لعِزِّاءٍ، أو زيارةٍ أو حَمَامٍ، مُخَدَّرَةٌ أيضاً على الأصح. ويكفي أن لا تصيرَ متبدِّلةً بكثرة الخروجِ للحاجات المتكرِّرة، كسراء الخبز، والقطن، وبيع الغزل، ونحوها.

ثم إنما يتحتَّم حضورُ المخدَّرة على الوجه الأول للتحليف، وأما ما عداه، فيقعُّ فيه بالتوكيل من المُخَدَّرَةِ، وغيرها.

فصل: القاضي يزوّج مَنْ لا وليَّ لها، إذا حضرت^(١) في محلِّ ولايته، سواء كانت مستوطنة محلِّ ولايته، أم غيرها، ولا يزوّجُ خارجةً عن محلِّ ولايته، وإن رضيت. ولا يكفي حضورُ الخاطب؛ لأن الولاية عليها لا تتعلّق بذلك، بخلاف ما لو حكمَ بحاضرٍ على غائب؛ لأن المدَّعي حاضِر، والحكمُ يتعلّق به، بخلاف ما لو كان ليتيمٍ غائبٍ عن محلِّ ولايته مالٌ حاضِرٌ، فإنه يتصرّف فيه؛ لأن الولاية عليه ترتبطُ بماله. ثم تصرّفه في مال اليتيم الغائب [يكون] بالحفظ والتعهد، وإذا أشرف [١٢٥٢ / ب] على الهلاكِ أتى بما يقتضيه الحال بشرط الغبطة اللائقة، وهكذا يفعلُ في مال كُلِّ غائبٍ أشرف على الهلاك؛ فإن كان حيواناً، وخيفَ هلاكُهُ، باعَهُ، وإن حصلتِ الصيانة بالإجارة، اقتصرَ عليها. وهل له أن يتصرّف في مال اليتيم الغائب للاستنماء، وأن ينصبَ قيماً لذلك^(٢)، وأن يتصرّف للتجارة، وطلبِ الفائدةِ كتصرّفه في أموالِ الحاضرين؟ وجهان؛ لأن نَصْبَ القِيَمِ يرتبطُ بالمالِ والمالكِ جميعاً، فلو جازَ النصبُ بحضورِ المالِ، جاز لقاضي بلدِ اليتيم بحضورِ المالكِ، وحينئذ يمتنعُ تصرّفاهما.

قال الغزالي: والأوّلُ أن يلاحظَ مكان اليتيم دون المال.

وله نَصْبُ القِيَمِ؛ للحفظِ والصيانة بلا خلاف، وللقاضي إقراضُ مالِ الغائبِ لِيُحْصِنَهُ^(٣) بحفظه في الذمة، وذكره صاحب «التلخيص»، وهو موافق لما سبق في «الحَجَرِ» في إقراضِ مالِ الصبيِّ.

(١) في المطبوع: «كانت».

(٢) في المطبوع: «كذلك».

(٣) في المطبوع: «ليحفظه».

وَأَمَّا مَا لَا يَتَعَيَّنُ لَهُ مَالِكٌ، وَحَصَلَ الْيَأْسُ مِنْ مَعْرِفَتِهِ، فَذَكَرَ بَعْضُهُمْ أَنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَيَصْرِفَ ثَمَنَهُ إِلَى الْمَصَالِحِ، وَأَنَّ لَهُ حِفْظَهُ.

قُلْتُ: هَذَا الْمَحْكِيُّ عَنْ بَعْضِهِمْ مُتَعَيَّنٌ، وَقَدْ قَالَه جَمَاعَةٌ، وَلَا نَعْرِفُ خِلَافَهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ فِي مَسَائِلَ مَنْثُورَةٍ:

كِتَابُ قَاضِي الْبُغَاةِ مَقْبُولٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَعَنِ الْقَدِيمِ: مَنْعُهُ. [و] ^(١) أَطْلَقَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْقَاضِي أَنْ يَكْتُبَ كِتَابًا فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَا يَتَهُ، وَالَّذِي يَسْتَمِرُّ عَلَى أَصْلِ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الْقَاصِّ: أَنَّهُ لَا يَحْكُمُ وَلَا يَشْهَدُ ^(٢) فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَا يَتَهُ، وَأَمَّا الْكِتَابُ، فَلَا بَأْسَ [بِهِ].

وَلَوْ حَكَمَ الْقَاضِي بَبَيْتَةِ أَقَامَهَا وَكَيْلٌ رَجُلٍ فِي وَجْهِهِ وَكَيْلٌ آخَرَ، فَحَضَرَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ، وَقَالَ: كُنْتُ عَزَلْتُ وَكَيْلِي قَبْلَ قِيَامِ الْبَيْتَةِ، لَمْ يَنْفَعُهُ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ جَائِزٌ.

وَلَوْ حَضَرَ الْمَدْعَى، وَقَالَ: كُنْتُ عَزَلْتُ وَكَيْلِي، وَقَلْنَا بَانْعِزَالِ الْوَكِيلِ قَبْلَ بُلُوغِ الْخَبَرِ، لَمْ يَصَحَّ الْحُكْمُ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ لِلْغَائِبِ بَاطِلٌ.

وَإِذَا أَرَادَ شَهِودُ كِتَابِ حَكْمِي التَّخْلَفَ فِي الطَّرِيقِ فِي مَوْضِعٍ فِيهِ قَاضٍ وَشُهُودٌ، فَصَاحِبُ الْكِتَابِ إِمَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ شَاهِدَيْنِ يَحْضُرَانِ مَعَهُ وَيَشْهَدَانِ عِنْدَ الْقَاضِي الَّذِي يَقْصِدُهُ، وَإِمَّا أَنْ يَعْرِضَ الْكِتَابَ عَلَى قَاضِي الْبَلَدِ الَّذِي يَتَخَلَّفُونَ فِيهِ، لِيَشْهَدُوا عِنْدَهُ بِهِ، فَيُضْمِنَهُ، وَيَكْتُبَ بِهِ إِلَى الْقَاضِي الَّذِي يَقْصِدُهُ.

وَإِنْ كَانَ التَّخْلَفُ حَيْثُ لَا قَاضِي ^(٣) وَلَا شُهُودَ، قَالَ الْبُغَوِيُّ ^(٤): لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ؛ بَلْ عَلَيْهِمُ الْخُرُوجُ إِلَى مَوْضِعٍ فِيهِ قَاضٍ وَشُهُودٌ، فَإِنْ طَلَبُوا أَجْرَةَ الْخُرُوجِ إِلَيْهِ،

(١) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ مِنْ (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٥٤٠).

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَلَا يَشْهَرُ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «لَا قَاضٍ».

(٤) انْظُرْ (التَّهْذِيبُ: ٨ / ٢٠٢).

فليس لهم إلا نفقتهم، وكذا دوابهم، بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب، حيث لا يكلفون الخروج، والقناعة به؛ لأن هناك يتمكّن من إسهاد غيرهم، وإذا ألزم المكتوب إليه الخصم بالحق، فطلب أن يكتب له كتاباً بقبضه، فهل على القاضي إجابته؟ وجهان.

قال الإصطخري: نعم؛ لئلا يطالب مرة أخرى.

وقال الجمهور: لا؛ لأن الحاكم إنما يطالب بإلزام ما حكم به، وثبت عنده، ويكفي للاحتياط إسهاد المدعي على قبضه الحق.

ولو طالبه بتسليم الكتاب [١٢٥٣ / ١] الذي ثبت الحق به، لم يلزمه دفعه إليه. وكذا من له كتاب بدين، واستوفاه، أو بعقار فباعه، لا يلزمه دفعه إلى المستوفى منه، وإلى المشتري؛ لأنه ملكه، ولأنه قد يظهر استحقاقه فيحتاج إليه. وبالله التوفيق.



٧٥ - كتاب القِسْمَةِ (١)

قد يتولّاها الشركاء بأنفسهم، أو منصوبٌ للقاضي، أو لهم، ويشترط في منصوبِ القاضي الحرية، والعدالة، والتكليف، والذكورة، والعلمُ بالمساحة والحساب، وهل يشترطُ معرفتهُ للتقويم ؟ وجهان؛ لأنّ في أنواع القسمة ما يحتاجُ إليه، ولا يشترطُ في منصوبِ الشركاء العدالةُ والحريةُ؛ لأنه وكيلٌ لهم، كذا أطلقوه.

وينبغي أن يكون في توكيلِ العبدِ في القسمة الخلافُ في توكيله في البيع.

ولو حَكَمَ الشركاءُ رجلاً ليقسمَ بينهم، فهو على القولين في التحكيم؛ فإن جَوَزناه، فهو كمنصوبِ القاضي، فإن كان في سهمِ المصالحِ مالٌ يتفرّع لمؤنة القاسمين، لزم الإمامُ أن ينصبَ في كل بلد قاسماً؛ فإن لم تحضُر الكفايةُ بواحد، زاد بحسب الحاجة، وإلا فلا يعين قاسماً، لثلاثِ يغالي في الأجرة، ولثلاثِ يواطئه بعضهم، فيحيف؛ بل يدعُ الناسَ ليستأجروا مَنْ شاؤوا.

وإذا لم يكن في القسمة تقويمٌ، كفى قاسمٌ على المذهب، وقيل قولان، ثانيهما: يشترطُ اثنان.

وإن كان تقويمٌ، اشترطَ اثنان، وللإمام أن ينصبَ قاسماً؛ لجعله حاكماً في

(١) القِسْمَةُ: هي تميزُ بعض الأنصاء من بعض.

والقسّامُ: الذي يقسم الأشياء بين الناس. قال لبيد [الكامل]:

فأَنفَعُ بِمَا قَسَمَ الْمَلِيكُ فَإِنَّمَا قَسَمَ الْمَعِيشَةَ بَيْنَنَا قَسَائُهَا

وهي بكسر القاف: الاسمُ من قَسَمَ يَقْسِمُ. انظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ٢٦٢)، (و) مغني

المحتاج: ٤ / ٤١٨.

التقويم، ويعتمدُ في التقويم عدلَيْن، وهل للقاضي أن يحكمَ بمعرفته في التقويم ؟ قولان، كقضائه بعلمه، وقيل: لا يجوز قطعاً؛ لأنه تخمين مجرّد.

ولو فوّض الشركاء القسمة إلى واحد بالتراضي، جاز قطعاً.

فَرَعٌ: القاسم المنصوب من جهة الإمام، يُدرّ رزقه من بيت المال على الصحيح، وبه قطع الجمهور.

وقال أبو إسحاق: لا يُدرّ، وهذا ضعيف. وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال، فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة، أم بعضهم.

وقال ابن القطّان، وغيره: على الطالب وحده، والصحيح: الأول.

ثم إن استأجر الشركاء قاسماً، وسَمّوا له أجره، وأطلقوا، فتلك الأجرة توزّع على قدر الحصص على المذهب، وقيل: قولان: ثانيهما على عدد الرؤوس، ويجري الطريقان فيما لو استأجروه استئجاراً فاسداً، فقسم، أن أجره المثل كيف توزّع؟ وفيما لو أمروا قاسماً فقسم، ولم يذكروا أجره، وقلنا: تجب أجره المثل في مثل ذلك، وفيما لو أمر القاضي قاسماً فقسم قسمة^(١) إجبار.

ولو استأجروا قاسماً، وسَمّى كُلُّ واحدٍ أجره التزامها، فله على كل واحد ما التزم، هذا إذا استأجروا جميعاً؛ بأن قالوا: استأجرناك؛ لتقسم بيننا كذا: بدينار على فلان، ودينارين على فلان مثلاً، أو وكّلوا وكيلاً عقد لهم كذلك، فلو استأجروا في عقود مترتبة، فعقد واحد لإفراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، ثم الثالث، فقد جوزه القاضي حسين، وأنكره الإمام^(٢)، وقال: هذا بناء على أنه يجوز استقلال [١٢٥٣ / ب] بعض الشركاء باستئجار القاسم لإفراز نصيبه، ولا سبيل إليه؛ لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين تردداً وتقديراً^(٣)، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، لكن يجوز انفراد أحدهم برضا الباقيين فيكون أصلاً ووكيلاً، ولا حاجة إلى عقد الباقيين، وحينئذ إن فصل ما على كل واحد بالتراضي، فذاك، وإن أطلق، عاد الخلاف في كيفية التوزيع.

(١) في المطبوع: «قسم».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٤٢ - ٥٤٤).

(٣) في المطبوع: «وتقديراً».

فَرُعٌ: إذا كان أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ طِفْلاً، نُظِرَ:

إِنْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ غِبْطَةٌ ^(١) لَهُ، فَعَلَى الْوَلِيِّ طَلَبُ الْقِسْمَةِ، وَبَدَلُ حِصَّتِهِ مِنَ الْأَجْرَةِ مِنْ مَالِ الطِّفْلِ، وَإِلَّا فَلَا يَطْلُبُهَا، وَإِنْ طَلَبَهَا الشَّرِيكُ الْآخَرُ، وَأُجِيبَ، فَإِنْ قَلْنَا: الْأَجْرَةُ عَلَى الطَّالِبِ خَاصَّةً، فَذَلِكَ، وَإِنْ قَلْنَا: عَلَى الْجَمِيعِ، فَوَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: عَلَى الطَّالِبِ؛ لِثَلَاثٍ يَجْحَفُ بِالصَّبِيِّ بِلَا غِبْطَةٍ.

وَأَصْحُهُمَا: تَوْخِذُ حِصَّةِ الصَّبِيِّ مِنْ مَالِهِ.

فَصْلٌ: لِلْعَيْنِ الْمَشْتَرَكَةِ حَالَانِ.

الْأَوَّلَى: أَنْ يَعْظَمَ ضَرَرُ قِسْمَتِهَا؛ فَإِنْ طَلَبَهَا أَحَدُهُمَا، وَامْتَنَعَ الْآخَرُ، لَمْ يَجْبَرْ، وَفِي ضَبْطِ الضَّرَرِ الْمَانِعِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ سَبَقَتْ فِي «بَابِ الشُّفْعَةِ»، فَلَا يَكْسُرُ جَوْهَرُ نَفِيسٍ، وَلَا يَقْطَعُ ثَوْبٌ رَفِيعٌ، وَلَا يُقَسَّمُ زَوْجَا خُفٍّ ^(٢)، وَمِضْرَاعَا بَابٍ إِنْ طَلَبَهُ أَحَدُهُمَا، فَلَوْ تَرَاضَوْا بِقِسْمَةِ ذَلِكَ، وَطَلَبُوهَا مِنَ الْقَاضِي، فَإِنْ بَطَلَتِ الْمَنْفَعَةُ بِالْكَلِّيَّةِ، لَمْ يُجْبِهِمْ وَيَمْنَعُهُمْ أَنْ يَقْتَسِمُوا بِأَنْفُسِهِمْ؛ لِأَنَّهُ سَفَةٌ، وَإِنْ نَقَصَتْ، كَسِيفٌ يُكْسَرُ، لَمْ يُجْبِهِمْ عَلَى الْأَصَحِّ، لَكِنْ لَا يَمْنَعُهُمْ أَنْ يَقْتَسِمُوا بِأَنْفُسِهِمْ، وَمَا تُبْطَلُ ^(٣) الْقِسْمَةُ مَنْفَعَتُهُ الْمَقْصُودَةُ مِنْهُ، كَطَاحُونَةٍ وَحَمَّامٍ صَغِيرَيْنِ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا لَا يَجْبَرُ الْآخَرُ عَلَى أَصَحِّ الْأَوْجُهِ الْمَشَارِإِلَيْهَا؛ فَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ، وَأَمَكَنَ جَعْلُ الطَّاحُونَةِ طَاحُونَتَيْنِ، وَالْحَمَّامِ حَمَّامَيْنِ، أَجْبَرَ الْمَمْتَنِعُ، فَإِنْ كَانَ يَحْتَاجُ إِلَى إِحْدَاثِ بَثْرٍ، أَوْ مُسْتَوْقِدٍ فَوَجْهَانِ.

أَحَدُهُمَا: لَا إِجْبَارَ؛ لِتَعْطُلِ الْمَنْفَعَةُ إِلَى الْإِحْدَاثِ.

وَأَصْحُهُمَا: يَجْبَرُ؛ لِئُسْرِ التَّدَارُكِ.

وَإِنْ تَضَرَّرَ أَحَدُهُمَا بِالْقِسْمَةِ دُونَ الْآخَرِ كَدَارٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ، لِأَحَدِهِمَا عُشْرُهَا، وَلِلْآخَرِ بَاقِيهَا، وَلَوْ قُسِمَتْ، لَمْ يَصْلَحِ الْعُشْرُ لِلسَّكَنِ، وَيَصْلَحُ الْبَاقِي؛ فَإِنْ طَلَبَ

(١) غِبْطَةٌ: أَيُّ مَصْلَحَةٍ وَنَفْعٍ.

(٢) زَوْجَا خُفٍّ: يُرِيدُ بِهِ فَرْدَتَيْنِ. يُقَالُ: عِنْدِي زَوْجَا خُفٍّ، وَزَوْجَا نَعْلِ، وَزَوْجَا حَمَامٍ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَكَذَلِكَ كُلُّ فَرْدَيْنِ لَا يَصْلَحُ أَحَدُهُمَا إِلَّا بِالْآخَرِ، وَالزَّوْجُ: اسْمٌ لِلْفَرْدِ مِنْهُمَا (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ١٠ / ٢٦٦).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «يَبْطُلُ».

القسمة صاحبُ العُشرِ، لم يجبرِ الآخرَ على الأصحِّ، وإن طلبها الآخرُ، أُجبرَ صاحبُ العُشرِ على الأصحِّ؛ لأنَّ صاحبَ العُشرِ متعنتٌ في طلبه، والآخرُ معذورٌ.

وإن كان نصفُ الدارِ لواحدٍ، ونصفُها لخمسةٍ، فطلبَ صاحبُ النصفِ إفرازَ نصيبه، أُجيبَ إليه، والباقون إن اختاروا القسمةَ قسمَ، وإن كان العُشرُ لا يصلحُ للسكنِ؛ لأنَّ في القسمةِ فائدةً لبعضِ الشركاءِ، وإن استمرُّوا على الشيوعِ، جازَ، فلو طلبَ أحدهم القسمةَ بعد ذلك، لم يُجبرِ الباقيون؛ لأنَّ هذه القسمةَ تضرُّ الجميعَ.

ولو طلبَ الخمسةُ أولاً إفرازَ النصفِ؛ ليكونَ بينهم شائعاً، أُجيبوا إليه، كذا ذكره الرُّويانيُّ، وغيره، وكذا لو كانت بينَ عشرةٍ، فطلبَ خمسةُ القسمةَ؛ ليكونَ النصفُ بينهم، يُجابونَ.

الحالة الثانية: أن لا يَظنَّ ضررُ القسمةِ، فقد لا ينقسمُ من غير ردٍّ^(١) من أحدِ الشريكين، أو الشركاءِ، وقد ينقسمُ بلا ردٍّ باعتبارِ الأجزاء، وتُسمَّى قسمةَ المتشابهات، أو باعتبارِ القيمة، وتُسمَّى [١٢٥٤ / أ] قسمةَ التعديلِ، فهذه ثلاثة أنواعٍ.

الأول: قسمة المتشابهات، وإنما تجري في الحبوب، والدراهم، والأدهانِ، وسائرِ المثاليات، وفي الدارِ المتفقةِ الأبنية، والأرضِ المتشابهةِ الأجزاءِ أو ما في معناها، فتعدلُ الأنصِبَاءُ في المَكِيلِ بالكَيْلِ، والموزونِ بالوزنِ.

والأرضُ المتساويةُ تجزأُ أجزاءً متساويةً بعددِ الأنصِبَاءِ إن تساوت؛ بأن كانت لثلاثة أثلاثاً، فتجعلُ ثلاثة أجزاءً متساويةً، ثم تؤخذُ ثلاثُ رِقَاعٍ متساويةٍ، ويكتبُ على كُلِّ رُقعة اسمَ شريكٍ، أو جزءٍ من الأجزاءِ، ويميزُ بعضها عن بعضٍ بحدٍّ، أو جهةٍ، أو غيرها، وتدرجُ في بِنَادِقٍ متساويةٍ، وزناً وشكلاً، من طينٍ مُجَفَّفٍ، أو شَمْعٍ، وتجعلُ في حِجَرٍ مَنْ لَمْ يحضرِ الكتابةَ والإدراجَ؛ فإن كان صبيّاً، أو أعجميّاً كان أولى، ثم يؤمرُ بإخراجِ رُقعةٍ على الجزءِ الأولِ إن كتبَ في الرِقَاعِ أسماءَ الشُّركاءِ، فَمَنْ خرجَ اسمُهُ، أخذه، ثم يؤمرُ بإخراجِ أخرى على الجزءِ الذي يلي الأولِ، فَمَنْ خرجَ اسمُهُ أخذه، ويعينُ الباقي للثالثِ.

(١) الرَّدُّ: ما يردُّ أحدُ الشريكين إلى صاحبه إذا لم يتعادل الجزءان، فيردُّ صاحبُ الجزءِ الكثيرِ على صاحبِ القليلِ، مِنْ رَدِّهِ: إذا رجعَ إليه (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٦).

وإن كُتِبَ في الرِّقَاعِ أسماءُ الأجزاء أخرجت رُقعة باسم زيد، ثم أخرى باسم عمرو، ويتعيَّن الثالثُ للثالث. وتعيَّن^(١) مَنْ يبتدئُ به مِنَ الشركاءِ والأجزاء مَنوطٌ بنظرِ القاسمِ، فيقفُ أولاً على أيِّ طرفٍ شاء، ويسمِّي أيَّ شريكٍ شاء.

وإن كانت الأنصباُ مختلفةً؛ بأن كان لزيد نصفٌ، وعمرو ثلثٌ، وللثالث سدسٌ، جزأً الأرض على أقل السَّهام، وهو السدسُ، فيجعلها ستة أجزاء. ثم نصَّ الشافعي رحمته الله أنه يثبت اسم الشركاء في رِقَاع، وتخرجُ الرِقَاعُ على الأجزاء.

وقال في العتق: يكتبُ على رُفعتين: رِق، وعلى رُفعتين: حُرِّيَّة، وتخرجُ على أسماء العبيد، ولم يقل: تكتبُ أسماء العبيد، وفيهما طريقان.

أحدهما: فيهما قولان، ففي قولٍ يثبتُ اسم الشركاء والعبيد، وفي قولٍ يثبتُ الأجزاء هنا، والرِقَّ والحرية هناك.

والطريق الثاني: وهو المذهب، وبه قطع الجمهورُ: الفرق؛ ففي العتق يسلكُ ما شاء مِنَ الطريقتين، وهنا لا يثبتُ الأجزاء على الرِقَاع؛ لأنه لو أثبتَّها وأخرج الرِقَاعَ على الأسماء رُبما خرجَ لصاحبِ السدسِ الجزء الثاني، أو الخامسُ، فيفرق مِلْك مَنْ له النصفُ، أو الثلث.

وأيضاً^(٢) قال في «المهذَّب»: لو فعلنا ذلك ربما خرج السهمُ الرابع لصاحب النصف، فيقول: آخذهُ وسهمين قبله، ويقول الآخرون: بل خذهُ وسهمين بعده، فيفضي إلى النزاع^(٣).

ثم هل هذا الخلافُ في الجواز، أم الأولويَّة؟ وجهان.

أرجحُهما: الثاني، وبه قال الإمام، والغزاليُّ، وسنوضحُ إن شاء الله [تعالى] ما يحصلُ به الاحترازُ عن تفريق المملك.

وأما ما ذكره في «المهذَّب» فيجوز أن يقال: لا يُبالي بقول الشركاء؛ بل يتبع نظرُ القاسمِ كما في الجزء المبدوء به، واسم الشريك المبدوء به، فإن أثبت أسماء

(١) في المطبوع: «ويعين».

(٢) في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٤٨) أيضاً «بدون الواو».

(٣) انظر: (المهذب: ٥ / ٥٣٨).

الشركاء فقبل: يثبت أسماءهم على ثلاث رقا، ويأمر بإخراج رُقعة على الجزء الأول؛ فإن خرج اسم صاحب السدس أخذه، وأخرجت رُقعة على الجزء الثاني، فإن خرج اسم عمرو، أخذه مع الجزء الثالث، وتعيّن^(١) الثلاثة الباقية [١٢٥٤ / ب] لزيد.

وإن خرج اسم زيد، أخذ الثاني والثالث والرابع، وتعيّن الآخران لعمرو، فإن خرج اسم زيد أولاً، أخذ الثلاثة الأولى، ثم يخرج رُقعة، فإن خرج اسم عمرو، أخذ الرابع، والخامس، ويعيّن السادس لصاحب السدس. وإن خرج اسم صاحب السدس، أخذ الرابع، وتعيّن الباقيان لعمرو، وإن خرج اسم عمرو أولاً، لم يخف الحكم.

وقيل: تثبت أسماءهم في ست رقا، اسم زيد في ثلاث، وعمرو في ثنتين، والثالث في رُقعة، ويخرج على ما ذكرنا. وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجاً، لكن سرعة الخروج لا توجب حيفاً؛ لأن السهام متساوية، فالوجه تجويز كل واحد من الطريقتين.

وإن أثبت الأجزاء في الرقا، فلا بُدَّ من إثباتها في ست رقا، وحيثنذ فالتفريق المحذور لو لزم؛ إنما يلزم إذا خرج أولاً اسم صاحب السدس، وهو مُستغن عنه؛ بأن يبدأ باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه، فله الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني فكذلك، فيعطى معه ما قبله، وما بعده، وإن خرج الثالث، ففي « شرح مختصر الجويني »^(٢) أنه يتوقف فيه، ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج الأول أو الثاني، فله الأول والثاني، ولصاحب النصف الثالث والرابع والخامس. وإن خرج الخامس، فله الخامس والسادس، ثم أهمل باقي الاحتمالات.

وكان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصف [الثالث]، فهو له مع اللذين قبله، وإن خرج الرابع، فهو [له] مع اللذين قبله، ويتعيّن الأول لصاحب السدس، وإن خرج الخامس، فهو له مع اللذين قبله، ويتعيّن السادس لصاحب السدس، وإن خرج السادس، فهو له مع اللذين قبله.

(١) في المطبوع: « تعينت » بدون « الواو ».

(٢) « شرح مختصر الجويني » للموفق بن طاهر.

وإذا أخذ زيد حقه، ولم يتعين حق الآخرين، أخرج رُقعة أخرى باسم أحدهما، فلا يقع تفريق، ويمكن أن يبدأ [بصاحب السدس، فإن خرج باسمه ^(١) الجزء الأول ^(٢)، دفع إليه الأول، وإن خرج ^(٣) السادس، دفع إليه السادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين ^(٤) فلا يقع تفريق، وإن خرج له الثالث دفع إليه، وتعين ^(٥) الأول والثاني لصاحب الثلث، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. وإن خرج له الرابع، دفع إليه، وتعين الآخرين لصاحب الثلث، والثلاثة الأولى لصاحب النصف.

ويمكن أن يبدأ بصاحب الثلث؛ فإن خرج له الأول أو الثاني، دُفعا إليه، وإن خرج له الخامس أو السادس دُفعا إليه، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، وإن خرج الثالث، فله الثالث والثاني، ويتعين الأول لصاحب السدس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج الرابع، فله الرابع والخامس، وتعين السادس لصاحب السدس، والثلاثة الأول لصاحب النصف.

فَرْعٌ: كيفية إدراج الرِّقاع وإخراجها على التفصيل المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات؛ بل هي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذلك.

فَرْعٌ: كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادر تجوز بالأقلام، والعصى، والحصى، ونحوها.

فَرْعٌ: إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه، وهو قسمة المتشابهات، أجبر عليها، سواء كانت الأنصباء متساوية، أم متفاوتة. وفي متفاوتة وجه لابن أبي هريرة: أنه لا إيجاب [١٢٥٥ / ١] والصحيح: الأول.

فَصْلٌ: إذا قسم قاسم القاضي بالإجبار، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً، أو حيفاً، نُظِرَ:

إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط، لم يلتفت إليه، وإن بينه، لم يمكن

(١) في المطبوع، و(فتح العزيز: ١٢ / ٥٤٩): «باسم».

(٢) في (أ) زيادة: «أو الثاني».

(٣) في (أ) زيادة: «الخامس و».

(٤) في المطبوع: «الجزئين».

(٥) ما بين حاصرتين من (أ)، والمطبوع.

من^(١) تحليف القاسم، كما لا يحلف القاضي أنه لم يظلم، والشاهد أنه لم يكذب، لكن إن قامت بيئة، سُمعت، ونقضت القسمة.

قال الشيخ أبو حامد، وغيره: وطريقه أن يحضر قاسمين حاذقين لينظرا، ويمسحا، ويعرفا الحال، ويشهدا.

والحق أبو الفرج^(٢) بقيام البينة ما إذا عرف أنه يستحق ألف ذراع، ومسحنا ما أخذه، فإذا هو سبع مئة ذراع.

ولو لم تقم حجة، وأراد تحليف الشريك، مكن منه، فإن نكل، وحلف المدعي، نقضت القسمة.

ولو حلف بعض الشركاء، ونكل بعضهم، فحلف المدعي؛ لنكول بعضهم، قال في « الوسيط »: تنقض القسمة في حق الناكليين دون الحالفين، ولا يطالب الشريك بإقامة بيئة أن القسمة الجارية عادلة؛ لأن الظاهر الصواب.

وحكى ابن أبي هريرة قولاً: أن على الشريك البينة؛ بأنها عادلة، ولا بيئة على مدعي الغلط.

وقال أبو إسحاق: إن قال مدعي الغلط: إن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة والمساحة والحساب، فالأصل ما يقوله، وعلى صاحبه البيئة. وإن قال: سها، فعليه البيئة، والمذهب: الأول.

ولو اعترف القاسم بالغلط، أو الحيف؛ فإن صدقه الشركاء، انتقضت القسمة، وإلا فلا تنتقض، وعليه رد الأجرة.

قال البغوي^(٣): وهو كما لو قال القاضي: غلطت في الحكم، أو تعمدت الحيف؛ فإن صدقه المحكوم له، استرد المال، وإلا، فلا، وعلى القاضي الغرم.

أمّا إذا جرت القسمة بالتراضي؛ بأن نصّب قاسماً، أو اقتسما بأنفسهما، ثم ادعى أحدهما غلطاً؛ فإن لم يعتبر الرضا بعد خروج القرعة، فالحكم كما لو ادعى الغلط

(١) كلمة: « من » ساقطة من المطبوع.

(٢) هو أبو الفرج السرخسي الرازي.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢١٥).

في قسمة الإِجْبَارِ، وإن اعتبرناه وتراضياً بعد خروج القرعة، فإن قلنا: القسمة إِفْرَاز^(١)، فالإِفْرَازُ لا يتحقق مع التفاوت، فتتقضى القسمة إن قامت به بينة، ويحلف الخصم إن لم تقم.

وإن قلنا: القسمة بيع، فوجهان.

أحدهما: الجوابُ كذلك؛ فإنهما تراضيا؛ لاعتقادهما أنها قسمة عدل.

وأصحُّهما: أنه لا فائدة لهذه الدعوى، ولا أثر للغلط، وإن تحقق، كما لا أثر للغبن في البيع والشراء، وبهذا قطع الجمهور، كأنهم اقتصروا على الجواب الأصح.

فصل: إذا قسمت التركة بين الورثة، ثم ظهر دين، فإن قلنا: القسمة إِفْرَازُ، فهي صحيحة، ثم تباع الأنصبا في الدين إن لم يوفوه، وإن قلنا: بيع، فقد سبق في «كتاب الرهن» وجهان في صحة بيع الوارث التركة قبل قضاء الدين، وأنه لو تصرف، ولا دين في الظاهر، ثم ظهر، فالأصحُّ صحة التصرف؛ ففي القسمة هذان الوجهان؛ فإن صححنا البيع، فالقسمة الجارية صحيحة، فإن وفوا الدين، استمرت صحتها، وإلا نُقِضَتْ وبيعت التركة في الدين، وإن لم نصححها، فالقسمة باطلة.

ولو جرت قسمة، ثم استحق بعض المقسوم، نُظِرَ:

إن استحق جزء شائع كالثلث [١٢٥٥ / ب]، بطلت^(٢) القسمة في المستحق، وفي الباقي طريقان.

أصحُّهما: قولان: أحدهما: يبطل فيه.

والثاني: يصح، ويثبت الخيار، وبهذا الطريق قال الأكثرون.

وقال أبو إسحاق: يبطل فيه قولاً واحداً؛ لأن مقصود القسمة تمييز الحقوق، وبالإستحقاق يصير المستحق شريك كل واحد، ولأن^(٣) المستحق كان شريكاً،

(١) الفرز: مصدر فرزت الشيء أفرزه فرزاً: إذا عزلته عن غيره، وميزته، والقطعة منه فرزة، بالكسر، وكذلك أفرزته بالهمز (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٦).

(٢) في المطبوع: «فمطلت»، غلط.

(٣) في المطبوع: «لأن» بدون «الواو».

وانفراد^(١) بعض الشركاء بالقسمة ممتنع.

وإن استحقَّ شيء معيّن، نظر:

إن اختصَّ المستحقُّ بنصيبٍ أحدهما، أو كان المستحقُّ من نصيب أحدهما أكثر، بطلت القسمة، وإن كان المستحقَّان من نصيبهما سواء، بقيت القسمة في الباقي على الصحيح.

وقيل: تبطل بمعنى^(٢) التفريق.

ولو ظهرت وصية بعد قسمة التركة، فإن كانت مرسلةً، فهو كظهور دين على التركة، وإن كانت بجزء شائع، أو معيّن، فعلى ما ذكرنا^(٣) في الاستحقاق.

ثم ظهور الدّين والاستحقاق، ودعوى الغلط لا تختصُّ بقسمة المتشابهات؛ بل تعمُّ أنواع القسمة.

النوع الثاني: قسمة التعديل، والمشارك الذي تعدل سهامه بالقيمة ينقسم إلى ما يعدُّ شيئاً واحداً، وإلى ما يعدُّ شيئين فصاعداً.

أمّا الأول، فكالأرض تختلف أجزاؤها لاختلافها في قوّة الإنبات والقرب من الماء، وفي أن بعضها يسقى بالنهر، وبعضها بالناضح فيكون ثلثها لجودتها، كثلثيها بالقيمة مثلاً، فيجعل هذا سهماً، وهذا سهماً، إن كانت بينهما نصفين. وإذا اختلفت الأنصباء، كنصف، وثلث وسدس، جعل ستة أسهم بالقيمة دون المساحة.

وإذا طلب أحدهما هذه القسمة، فهل يجبر الممتنع؟ قولان.

أظهرهما عند العراقيين، وغيرهم: نعم؛ إلحاقاً للتساوي في القيمة، بالتساوي في الأجزاء، وعلى هذا: هل توزعُ أجرَةُ القاسم بحسبِ الشركة في الأصل، أم بحسبِ المأخوذ منها؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني؛ لأنَّ العمل في الكثير أكثر، وكما يجري القولان فيما إذا اختلفت الصفات تجري فيما إذا كان الاختلاف لاختلاف الجنس، كالْبُستان الواحد

(١) في (ظ): « وإفراد ».

(٢) في (أ): « لمعنى ».

(٣) في المطبوع: « ذكرناه ».

بعضه نخل، وبعضه عنب، والدار المبنى بعضها بالآجر، وبعضها بالخشب والطين، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا لم يمكن قسمة الجيد وحده، وقسمة الرديء وحده، فإن أمكن لم يُجَبَر، كما لو كانا شريكين في أرضين يُمكن قسمة كُلِّ واحدة بالأجزاء، لا يجري الإجبارُ على التعديل.

القسم الثاني: ما يُعَدُّ شَيْئَيْنِ فصاعداً، وهو ضربان: عقار، وغيره، أمّا العقار، فإذا اشتركا في دارين، أو حانوتين، متساويتي القيمة، وطلب أحدهما القسمة؛ بأن يجعلَ لهذا دار، ولهذا دار، أو حانوت وحنوت، لم يُجبر الممتنع، سواء تجاوز الحانوتان والداران، أم تباعدا؛ لشدة اختلاف الأغراض، باختلاف المحال والأبنية. ولو اشتركا في دكاكين صغار متلاصقة، لا تحتمل أحادها القسمة، ويقال لها: العُضَايد، فطلب أحدهما أن يقسم أعياناً، فهل يجبر الممتنع؟ وجهان: أحدهما: لا^(١) كالمترقة، وكالدور.

وأصحهما: نَعَمْ؛ للحاجة، وكالخان المشتمل على بيوت ومساكن، هكذا [١٢٥٦ / أ] صَوَّرَ هذه المسألة الجمهور، وهو الصواب، وصورها صاحب «المهذب» فيما إذا احتملت كُلُّ واحدة منهما القسمة، وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعياناً، والآخر قسمة كُلِّ واحد منها.

وأمّا الأقرحة^(٢)؛ فإن كانت متفرقة، فهي كالذور. وإن كانت متجاورة، ففي «الشامل»: أَنَّ أَبَا إِسْحَاقَ جعلها كالقَرَّاحِ الواحدِ المختلفِ الأجزاء، وَأَنَّ غَيْرَهُ قال: إنما يكون كالقَرَّاحِ الواحدِ إذا اتحدَ الشربُ والطريقُ، فإن تعدد، فهو كما لو تفرقت، قال: وهذا أشبه بكلام الشافعي رَحِمَهُ اللهُ.

الضرب الثاني: غيرُ العقار، إذا اشتركا في عبيد، أو دواب، أو أشجار، أو ثياب، ونحوها، فلها حالان.

أحدهما: أن يكون من نوع واحد، ويمكن التسوية بين الشريكين عدداً وقيمةً، كعبدَيْنِ مُتساويي القيمة بين شريكين، وكثلاث دواب، أو أثواب مُتساوية القيمة بين

(١) كلمة: « لا » ساقطة من المطبوع.

(٢) الأقرحة: جمع قَرَّاح: الأرض التي لا بناء، ولا غراس بها.

ثلاثة، فالمذهب أنه يجبر على قسمتها أعياناً؛ لقلّة اختلاف الأغراض فيها بخلاف الدور.

وقال أبو عليّ بن خيران، وابن أبي هريرة: هي كالـدور.

وقيل: يخيّر في العبيد، وفي غيرها الخلاف.

وإن لم تمكن التسوية في العدد كثلاثة أعبد لرجلين بالسوية إلا أن أحدهم يساوي الآخر في القيمة؛ فإن قلنا بالإجبار عند استواء القيمة، فهنا قولان، وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء، وإن كانت الشركة لا ترفع إلا عن بعض الأعيان، كعبد بين اثنين، قيمة أحدهما مئة، وقيمة الآخر مئتان، فطلب أحدهما القسمة ليختص من خرجت له قرعة الخسيس بالخسيس، ويكون له مع ذلك رُبع النفس؛ فإن قلنا: لا إجبار في الصورة السابقة، فهنا أولى، وإلا فوجهان، أو قولان، الأصح: لا إجبار؛ لأن الشركة لا ترتفع بالكلية.

الحال الثاني: أن يكون الأعيان أجناساً، كعبد وثوب، وحِنطة، وشعير، ودابة، ونحوها، أو أنواعاً، كعبدان: تركي، وهندي، وثوبين: إريسم، وكتان، فطلب أحدهما أن يقسم أجناساً وأنواعاً^(١) لم^(٢) يجبر الآخر، وإنما يقسم كذلك بالتراضي.

ولو اختلطت الأنواع، وتعذر التمييز، كتمر جيد، وردي، فلا قسمة إلا بالتراضي، هذا ما قطع به الجمهور، وطرد السرخسي الخلاف في الإجبار عند اختلاف النوع، وزاد الإمام، والغزالي فأجرياه عند اختلاف الجنس، وليس بشيء، والمذهب: الأول.

فرع: إذا كان بينهما عرصة^(٣)، وثُلثها بالمساحة، نصف بالقيمة؛ لقربه من الماء فهي قسمة تعديل، وفيها الخلاف.

وقال الغزالي: يجبر عليها قطعاً، ولا يبالي بهذا التفاوت، والمذهب: الأول، وهو المعروف عن الأصحاب.

(١) في (ظ): «أو أنواعاً».

(٢) في المطبوع: «لا».

(٣) عرصة: هي ساحة فارغة لا بناء فيها بين الدور (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٧).

فَرَوْعُ: اللَّيْنَاتُ إِنْ تَسَاوَتْ قَوَالِيْهَا، فَقَسَمْتَهَا قِسْمَةَ الْمُتَشَابِهَاتِ، فَيَجْبَرُ قِطْعًا، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ قَوَالِيْهَا، فَقَسْمَةٌ تَعْدِيلٌ، وَفِيهَا الْخِلَافُ.

فَرَوْعُ: دَارٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ، لَهَا عُلوٌّ وَسُفْلٌ، طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَتَهَا عُلوًّا وَسُفْلًا، أَجْبَرِ الْآخَرَ عِنْدَ الْإِمَّاكَانِ.

وإن طَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَجْعَلَ الْعُلُوَّ لَوَاحِدٍ، وَالسُّفْلَ لِآخَرَ، لَا يَجْبَرُ، هَكَذَا أَطْلَقَهُ [١٢٥٦ / ب] الْأَصْحَابُ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِنْ لَمْ تُمْكِنْ الْقِسْمَةَ سُفْلًا وَعُلُوًّا، يَجْعَلُ^(١) السُّفْلُ لِأَحَدِهِمَا، وَالْعُلُوَّ لِلْآخَرِ مِنْ جُمْلَةِ قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ. وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا أَنْ يَقْسِمَ السُّفْلَ، وَيَتْرَكَ الْعُلُوَّ مُشَاعًا، لَمْ يُجْبَرَ الْآخَرُ؛ لِأَنَّهُمَا قَدْ يَقْتَسِمَانِ الْعُلُوَّ بَعْدَهُ، فَيَقَعُ مَا فَوْقَ نَصِيبِ^(٢) هَذَا لِذَلِكَ.

النَّوْعُ الثَّلَاثُ: قِسْمَةُ الرَّدِّ، وَصُورَتُهَا: أَنْ يَكُونَ فِي أَحَدِ جَانِبِي الْأَرْضِ بَثْرٌ، أَوْ شَجَرٌ، أَوْ فِي الدَّارِ بَيْتٌ لَا يُمْكِنُ قِسْمَتُهُ، فَيَضْبُطُ قِيَمَةً مَا اخْتَصَّ ذَلِكَ الْجَانِبُ بِهِ، وَيَقْسِمُ الْأَرْضَ وَالْدارَ عَلَى أَنْ يَرُدَّ مَنْ يَأْخُذُ ذَلِكَ الْجَانِبَ تِلْكَ^(٣) الْقِيَمَةَ، وَهَذِهِ لَا إِجْبَارَ عَلَيْهَا قِطْعًا. وَكَذَا لَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا عِبْدَانِ قِيَمَةٌ أَحَدُهُمَا مِئَةٌ، وَالْآخَرُ خَمْسُ مِئَةٍ، وَاقْتَسَمَا عَلَى أَنْ يَرُدَّ آخِذُ النَّفِيسِ مِئَتَيْنِ؛ لَيْسَتْ بِيَا. وَقِيلَ فِي الْإِجْبَارِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ، حَكَاهُ السَّرْحَسِيُّ وَهُوَ غَلَطٌ.

وَلَوْ تَرَاضَا بِقِسْمِ الرَّدِّ، جَازَ أَنْ يَتَّفَقَا عَلَى أَنْ يَأْخُذَ أَحَدُهُمَا النَّفِيسَ، وَيَرُدَّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحْكُمَا الْقِرْعَةَ، لِيَرُدَّ مَنْ خَرَجَ لَهُ النَّفِيسُ.

فَصْلٌ: قِسْمَةُ الْمُتَشَابِهَاتِ، هَلْ هِيَ بَيْعٌ، أَمْ إِفْرَازٌ حَقٌّ؟ قَوْلَانِ، قَالَ الْبَغَوِيُّ وَآخَرُونَ: الْأَظْهَرُ كَوْنُهَا بَيْعًا، وَقَالَ الْغَزَالِيُّ: الْأَظْهَرُ كَوْنُهَا إِفْرَازًا، قَالَ صَاحِبُ «الْعُدَّةِ»: وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى، وَهَذَا يُوَافِقُهُ جَوَابُ الْأَصْحَابِ فِي مَسَائِلَ مُتَفَرِّقَةٍ تَتَفَرَّعُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «جَعَلَ».

(٢) كَلِمَةٌ: «نَصِيبٌ» سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٢ / ٥٥٦).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «بَتْلَكَ»، وَفِي أَصْلِ (ط): «بَكَلَ».

قلت: أشار الرافعي في « المُحَرَّر » إلى اختيار الإفراز؛ فإنه قال: فيه قولان، ذكر أن الفتوى على الإفراز. هذا كلامه، فالمختار ترجيح الإفراز. والله أعلم.

ثم قيل: القولان فيما إذا جرت القسمة إجباراً؛ فإن جرت بالتراضي فبيع قطعاً. وقيل: القولان في الحالين، قال البغوي: والأصحُّ الطريقُ الأولُ.

ثم القول بأنها بيع لا يمكن إطلاقه في كلِّ ما حصل لكلِّ منهما؛ بل النصفُ الذي صار في يده، كان نصفه له، ونصفه لصاحبه، فالقسمة إفرازٌ فيما كان لصاحبه على هذا القول.

وأما قسمة التعديل، فالمذهب أنها بيعٌ، وقيل: فيه القولان، وقسمة الردِّ بيعٌ، كذا قاله الجمهور، وقيل: بيعٌ فيما يقابل المردود، وفيما سواه الخلاف في قسمة التعديل.

فَرَعٌ: إذا قلنا: القسمة بيعٌ، فاقسما ربوياً، وجب التقابض في المجلس، ولم تجز قسمة المكيل وزناً، ولا العكس، ولا يجوز قسمة الرطب والعنب، وما أثرت فيه النار بتعقيد الأجزاء.

وإن قلنا: إفرازٌ، جاز كل ذلك.

وتجوز قسمة الجص، والنورة كيلاً، ووزناً على القولين.

ولا تقسم الثمار على رؤوس الشجر خرصاً. إن قلنا: القسمة بيعٌ، كما لا تباغ خرصاً، وإن قلنا: إفرازٌ، فإن كانت رطباً وعنباً، جاز، وإن كان غيرهما، فلا؛ لأنَّ الخرص لا يدخل غيرهما.

وإن كان بينهما أرض مزرعة، فأرادا قسمة الأرض وحدها، جاز، وإن طلبها أحدهما أجبر الآخر، ويجيء على قولنا^(١): القسمة بيعٌ، وجهٌ مذكورٌ في « البيع ».

وإن أرادا^(٢) قسمة الأرض وما فيها، لم يجز إن اشتدَّ الحبُّ.

أما إن جعلناها إفرازاً؛ فلائنه قسمة مجهول ومعلوم، وأما إن جعلناها بيعاً؛

(١) في (ظ)، والمطبوع: « قول »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ٥٥٩).

(٢) في (ظ): « أراد ».

فلأنه بيعُ طعام وأرضٍ، بطعام وأرضٍ، وكذا لو كان بذراً بعدُ، وإن كان قصيلاً^(١)، جاز؛ لأنه معلومٌ مشاهدٌ. وإن أرادوا قسمة [١٢٥٧ / أ] ما فيها وحده، فكذا الحكم إن لم يثبت، أو اشتدَّ الحبُّ، لم يَجْزُ، وإن كان قصيلاً، جاز.

وإن طلب أحدهما قسمة الأرض، وما فيها، أو قسمة ما فيها وحده، وامتنع الآخرُ والحال حال جَوَازِ القسمة بالتراضي، قال الشيخ أبو حامد، وصاحب «المهذب»، و«التهذيب»: لا يجبر الممتنع، ولم يوجَّهوه بمقنع.

فَرَعُ: اقتسَمَا، ثم تَقَايَلَا^(٢)، إن قلنا: القسمة بيع، صحَّتِ الإقالة، وعاد الشيوخُ، وإلا فهي لاغية.

فَرَعُ: قِسْمَةُ الْمَلِكِ عَنِ الْوَقْفِ، إن قلنا: بيعٌ لا تجوزُ، وإن قلنا: إفرازُ، جازت، قال الرُّوْيَانِيُّ: وهو الاختيارُ.

قُلْتُ: هذا الذي اختاره الرُّوْيَانِيُّ هو المختارُ، وهذا إذا لم يكن فيها ردُّ، أو كان ردُّ من أصحاب الوقف، فإن كان من صاحب الملك، لم يَجْزُ؛ لأنه يأخذ بإزائه جزءاً من الوقف، ذكره صاحب «المهذب»^(٣) وغيره. والله أعلم.

وأما قسمة الوقف بين الموقوف عليهم، فلا يجوزُ على القولين؛ لأن فيها تغييرَ شرطِ الواقف.

وقيل: يجوزُ على قول الإفراز؛ ليرغبوا في العِمارة، ولا يتواكلوا، وهذا الوجه حكاه ابنُ كُجٍّ، عن ابنِ القَطَّانِ وحده، وخَصَّصَه بقولنا: الملكُ في الموقوفِ للموقوفِ عليه، قال: فلو انقرضَ البطنُ الأولُ، وصار الوقفُ للبطنِ الثاني، انتقضت القسمة.

فَصْلٌ^(٤): قِسْمَةُ الْإِجْبَارِ لَا يَعْتَبَرُ فِيهَا التَّرَاضِي عِنْدَ إِخْرَاجِ الْقِرْعَةِ، وَلَا بَعْدَهَا.

وإذا تراضيا بقاسمٍ يقسمُ بينهما، فهل يشترطُ الرِّضَا بعد خروجِ القِرْعَةِ، أم يكفي الرِّضَا الأولُ؟ قولان.

(١) القَصِيلُ: ما اقتطع من الزرع أخضر لعلف الدواب (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٦٩). وفي

«المصباح»: «القصيل: هو الشعير يُجْزَى أخضر لعلف الدواب».

(٢) في المطبوع: «تقابلا»، تصحيف.

(٣) انظر: (المهذب: ٥ / ٥٣٠).

(٤) في أصل (ظ): «فرع».

أظهرهما: الاشتراط، وإليه مال المعتبرون، وذكروا أنه المنصوص، وفي
قسمة الردّ يشترط الرضا بعد خروج القرعة، كما في الابتداء.

وعن الإصطخري وجه: أنه يلزم بخروج القرعة، والصحيح: الأول.

وإذا اشترطنا الرضا بعد خروجها، فصيغته أن يقول: رَضِينَا بهذه القسمة، أو
بما أخرجت القرعة، أو بما جرى، ولا يشترط لفظ البيع، وإن قلنا: القسمة بيع،
وقيل: إن قلنا بيع، اشترط لفظ البيع، أو التملك، وقيل: لا يكفي قولهما رَضِينَا
بهذا، أو بما جرى؛ بل يشترط تلفظهما بالقسمة؛ بأن يقول: تقاسمنا أو رَضِينَا
بهذه القسمة؛ ليؤدي معنى التملك والتملك، والمذهب: الأول.

وحيث وجب الرضا، فلا بُدَّ منه في الابتداء، وإنما الخلاف في الرضا بعد
خروج القرعة.

فصل: تُقسم المنافع كما تقسم الأعيان، وطريق قسمتها المهايأة^(١)؛ مياومة،
أو مشاهرة، أو مسانهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إيجاب على المهايأة
بحال، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بعض الأرض، وذاك بعضها، أو يسكن
هذا بعض الدار، وذاك بعضها من غير أن يقسم الأرض، وامتنع الآخر، فلا إيجاب.

فإن لم تكن العين قابلة للقسمة، كالقناة، والعبد، والبهيمة، والحمّام، فإن
اتفقا فيها على المهايأة، فذاك. ثم قد يتفقان على من يبدأ، وقد^(٢) يتنازعان، فيقرع،
وإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر، فوجهان.

أحدهما، قاله ابن سريج: يُجبر الممتنع، كما في قسمة الأعيان، ولئلا يعطل
على شريكه مضارة [١٢٥٧ / ب]، فعلى هذا: يبدأ بالقرعة.

وأصحهما: لا يُجبر.

ولو رضى بالمهايأة، ثم رجع المبتدئ بالانتفاع قبل استيفاء نوبته، مكّن، فإن
مضت مدة لمثلها أجره، غرم نصف أجره المثل، وإن رجع بعد استيفاء نوبته، فإن

(١) المهايأة: قسمة المنافع المشتركة. وأصل المهايأة: الإصلاح، وهيأ الشيء: أصلحته. انظر:
(النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٨).

(٢) في المطبوع: «وقيل: قد» بدل «وقد».

قلنا: لا إجبار على المَهَيَاة مَكَّن، وغرم نصف الأجرة، وإن قلنا بالإجبار لم يَمَكَّن؛ بل يستوفي الأجر^(١) مدَّته. وإن استوفى الأول نوبته، وامتنع الآخر من أن ينتفع، ويستوفي نوبته، فإن قلنا بالإجبار، فهو مضيع حق نفسه، ولا أجرة له، وإن قلنا: لا إجبار، فله ذلك، وله نصف الأجرة على الأول. وكذا لو انهدمت الدار، أو مات العبد بعد نوبة الأول، فعليه نصف أجرة المثل. وإن قلنا: لا إجبار، وأصرَّ على النزاع في المَهَيَاة، فهل يبيع القاضي العين عليهما؛ قطعاً للنزاع؟ وجهان.

أصْلُهُما: لا، وعلى هذا: هل يتركان حتى يسطلحا، ولا يؤجر عليهما، أم يؤجر وتوزع الأجرة بينهما؟ وجهان.

أصْلُهُما: الثاني، وهو الذي ذكره ابن كَجِّ والبَغَوِيُّ.

ولو استأجر اثنان أرضاً، وطلب أحدهما المَهَيَاة، وامتنع الآخر فينبغي أن يعود الخلاف في الإجبار، وإن أراد قسمتها ففي «فتاوى القاضي حسين» أنها جائزة على قول ابن سُرَيْج.

ثم إذا اقتسما، وحدث بنصيب أحدهما عيب، فله الفسخ.

قال القاضي: وينبغي أن يقال: لشريكه الفسخ أيضاً.

ولو طلب أحدهما هذه القسمة، وامتنع الآخر. حكى^(٢) في إجباره وجهين^(٣).

فَرْع: إذا جرت المَهَيَاة في عيد مشترك بين مالكين، أو فيمن بعضه حرٌّ بينه وبين مالكٍ باقية؛ فالأكساب العامة، والمؤن العامة، كالنفقة تدخل في المَهَيَاة، وفي الأكساب النادرة^(٤)، كما يقبله بهية، أو وصية، وفي المؤن النادرة، كأجرة الطبيب، والحجَّام خلاف سبق في «كتاب اللقطة» ومواضع، والأظهر: دخولها أيضاً. وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى تبقى على الاشتراك إن جرت المَهَيَاة مياومة.

(١) في المطبوع: «الأجرة».

(٢) في المطبوع: «حكي»، المثبت هو الوجه. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٥٦١).

(٣) في المطبوع: «وجهان»، المثبت هو الوجه. انظر: (فتح العزيز: ١٢ / ٥٦١).

(٤) الأكساب النادرة: هي التي تشد ويعدم وجودها في كل حين (النظم المستعذب: ٢ / ٣٠٨).

فَرَعُ: لا تجوزُ المُهاياةُ في الحيوان اللَّبُون، ليحلَّبَ هذا يوماً، وهذا يوماً، ولا في الشجرة المثمرة، ليكون ثمرها لهذا عاماً، ولهذا عاماً؛ لما فيه من التفاوت الظاهر.

قلت^(١): طريقهما^(٢) والحالة هذه: أن يُبيحَ كُلُّ واحدٍ نصيبه لصاحبه [مدة] والله أعلم.

فَصَلَّ: جماعةٌ في أيديهم دارٌ، أو أرضٌ، طلبوا من القاضي قِسْمَها بينهم، فإن أقاموا بينةً أنها مِلْكُهم، أجابهم إلى القِسمة، وإن لم يُقيموها، فطريقان.

أصحُّهما: قولان: أحدهما: لا يُجيبهم، فريماً كانت في أيديهم بإجارةٍ أو إعارة، فإذا قسمها رُبَّما ادَّعوا مِلْكها محتجِّين بقِسمة القاضي.

والثاني: يُجيبهم؛ لأن اليدَ تدلُّ على المِلْك، لكن يكتُبُ أنه إنما قَسَمَ بينهم بدعواهم؛ لئلاَّ يتمسَّكوا بقسمته.

وحكى السَّرْحَسِيُّ وجهاً: أنه لا يحتاج إلى هذا التقييد^(٣).

والطريق الثاني: القطعُ بالقول الأول، وبه قال ابنُ سَلَمَةَ، وإذا قلنا بالقولين، فأظهرهما عند الإمام، وابنُ الصَّبَّاح، والغزالي: الثاني، وعند الشيخ أبي حامدٍ وطبقته: الأول، ويدلُّ عليه [١٢٥٨ / ١] أن الشافعي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ لَمَّا ذَكَرَ القول الثاني، قال: ولا يعجبني هذا القول.

قلت: المذهب: أنه لا يُجيبهم. والله أعلم.

هذا في العقار، وأمَّا المنقول، فالمذهبُ أنه كالعَقَار أيضاً، وقيل: يقسَّمُ قطعاً بلا بَيِّنَةٍ؛ لأنَّ العقارَ يتأبَّدُ ضرره، فيخصُّ بالاحتياط، ولهذا تثبَّت فيه الشُّفْعَةُ.

ولو طلبَ بعضُهم القِسمة، وامتنع الآخرون، وانفقوا جميعاً على المِلْك، فهل يقسَّمُ القاضي؟ فيه هذا الخلاف.

وإذا شرطنا البيِّنة، قَبْلَ رجلٍ وامرأتان، قال ابنُ كَجَّ: ولا يُقبلُ شاهدٌ ويمين؛

(١) كلمة: « قلت » ساقطة من (م).

(٢) في المطبوع: « طريقها ».

(٣) في (ظ): « القيد ».

لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون خصم ترد عليه لو حصل نكول:
وقال ابن أبي هريرة: تقبل.

فصل: في مسائل منثورة: إذا كانت القسمة بالإجبار، والقاسم على ولايته، فقولُه: « قسمت » مقبول، كقول الحاكم: « حكمت » وهو في ولايته، وإن لم يكن كذلك، لم يقبل قوله، وهل تسمع شهادته لأحد الشريكين؟ وجهان.
الأصح: المنع.

والثاني، وهو قول الإصطخري: تسمع إن لم يطلب أجره.

وإذا تقاسما، ثم تنازعا في بيت، أو قطعة من الأرض، فقال كل واحد: هذا من نصيبي، ولا بيته، تحالفا، ونقضت القسمة، قال الشيخ أبو حامد: فإن اختص أحدهما باليد فيما تنازعا [فيه]، فهو المصدق بيمينه، وإذا اطلع أحدهما على عيب بنصيبه، فله فسخ القسمة.

فرع: الديون المشتركة في ذمم الناس، أطلق مطلقون، منهم صاحب « العدة »: أنه يمتنع قسمتها، وقال السرخسي: إن أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما على زيد على أن يختص به، فهل يختص إذا قبض؟ قولان.

أظهرهما: المنع.

وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لهذا، وما في ذمة عمرو لهذا، فطريقان.

أحدهما: على هذين القولين.

والثاني، وهو المذهب: القطع بالمنع؛ لأن القسمة إن جعلت بيعاً، فهذا بيع دين في ذمة بدين في ذمة أخرى، وإن جعلت إفرازاً، إفراز ما في الذمة ممتنع؛ لعدم قبضه، ولا يدخل الإجبار في قسمة الديون بحال، والقول في قسمة الجدار وعرضته^(١) ما سبق في « كتاب الصلح ». وبالله التوفيق.



٧٦ - كِتَابُ الشَّهَادَاتِ (١)

فيه ستة أبواب:

الأول: فيما يفيد أهلية الشهادة، ولها شروط.

منها: التكليف، والحرية، والإسلام، فلا تقبل شهادة صبي، ولا مجنون، ولا مَنْ فيه رِقٌّ، ولا كافر^(٢) ما، سواء شهد على مسلم، أو كافر.

الشرط الرابع: العدالة؛ فالمعاصي: صغائر وكبائر، وقال الأستاذ أبو إسحاق: ليس فيها صغيرة، والصحيح: الأول.

وفي حدّ الكبيرة أوجه:

أحدها: أنها المعصية الموجبة لحدّ.

(١) الشهادات: هي جمع شهادة، وهي: الإخبار بما شوهد وعلم بلفظ خاص مأخوذ من الشهود، وهو الحضور.

وقال الجوهري: الشهادة خبر قاطع، والشاهد: حامل الشهادة ومؤديها؛ لأنه مشاهد لما غاب عن غيره.

وقيل: مأخوذة من الإعلام، قال الله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ﴾ [آل عمران: ١٨] أي: أعلم وبين.

والأصل فيها: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا الشَّاهِدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولهذا أمر إرشاد. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٤٢٦)، (والنجم الوهاج: ٤ / ٢٨٣)، (والمعتمد: ٥ / ٥٠٣).

(٢) بهامش (ظ): «كفر».

والثاني: أنها ما لحق صاحبها وعيدٌ شديدٌ بنصِّ كتابٍ، أو سنةٍ، وهذا أكثر ما يوجد لهم، وهم إلى ترجيح الأول أميل، لكن الثاني أوفق؛ لما ذكره عند تفصيل الكبائر.

والثالث: [١٢٥٨ / ب] [ما] قاله الإمام في « الإرشاد » وغيره: كلُّ جريمة تؤذِنُ بقلَّةِ اكتراثٍ مرتكبها بالدين، ورقة الديانة، فهي مُبطلةٌ للعدالة.

والرابع: قال أبو سَعْدِ الهَرَوِيُّ: الكبيرة: كلُّ فعلٍ نصَّ الكتابُ على تحريمه، أو وجبَ في جنسه حدٌّ من قتلٍ، أو غيره، وترك فريضة تجبُّ على الفور، والكذب في الشهادة والرواية واليمين، هذا ما ذكره على سبيل الضبط. وفصله جماعة، فعُدُّوا من الكبائر: القتل، والزنى، واللواط، وشرب قليل الخمر، والسرقه، والقذف، وشهادة الزور، وغضب المال. وشرطُ الهروي في المغصوب كونه نصاباً، والفرار من الزحف، وأكل الربا، ومال اليتيم، وعقوق الوالدين، والكذب على رسول الله ﷺ عمداً، وكتمان الشهادة بلا عذر. وأضاف إليها صاحب « العدة »: الإفطار في رمضان بلا عُذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرحم، والخيانة في كيل، أو وزن، وتقديم الصلاة على وقتها، أو تأخيرها عنه بلا عذر، وضرب مسلم بلا حق، وسب الصحابة رضي الله عنهم، وأخذ الرشوة، والدبائنة، والقيادة من الرجل والمرأة، والسعاية عند السلطان، ومنع الزكاة، وترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن، وإحراق الحيوان، وامتناعها من زوجها بلا سبب، والياس من رحمة الله، والأمن من مكر الله تعالى، ويقال: الواقعة في أهل العلم وحملة القرآن.

ومما عدَّ من الكبائر: الظَّهار، وأكل لحم الخنزير، والميتة بلا عُذر، وللتوقُّف مجالٌ في بعض هذه الخصال؛ كقطع الرحم، وترك الأمر بالمعروف على إطلاقهما، ونسيان القرآن، وإحراق مطلق الحيوان. وقد أشار الغزالي في « الإحياء » إلى مثل هذا التوقُّف.

وفي « التهذيب » وجه: أن ترك صلاةٍ واحدةٍ ليس كبيرةً، ولا تردُّ به شهادة [حتى يعتاده].

قلت: قد روى أبو داود، والترمذي: أن رسول الله ﷺ قال: « عُرِضَتْ عَلَيَّ

ذنوب أمي، فلم أرَ ذنباً أعظمَ من سورة من القرآن، أو آية، أقرئها رجل، ثم نسيها»^(١) لكن في إسناده ضعف، وتكلم فيه الترمذي.

ومن الكبائر: السحر؛ ثبت في « صحيح مسلم » أن رسول الله ﷺ جعله من السبع الموبقات^(٢).

ونقل المحاملي في كتاب الحيض من « مجموعه » أن الشافعي رحمه الله، قال: الوطء في الحيض كبيرة. وفي « صحيح البخاري »^(٣) أن النبي ﷺ جعل النيمة كبيرة^(٤). والله أعلم.

قال صاحب « العدة »: ومن الصغائر^(٥): النظر إلى ما لا يجوز، والغيبة، والكذب الذي لا حد فيه، ولا ضرر، والإشراف على بيوت الناس، وهجرة المسلم فوق ثلاث، وكثرة الخصومات وإن كان مُحِقّاً، والسكوت على الغيبة، والنياحة، والصياح، وشق الجيب في المصيبة، والتبخر في المشي، والجلوس مع الفساق؛ إيناساً لهم، والصلاة المنهي عنها في أوقات النهي، والبيع والشراء [١٢٥٩ / أ] في المسجد، وإدخال الصبيان، والمجانين والنجاسات إليه، وإمامة قوم يكرهونه؛ لعب فيه، والعبث في الصلاة، والضحك [فيها]، وتخطي رقاب الناس يوم

(١) أخرجه - من حديث أنس بن مالك - : (أبو داود: ٣٦١)، و (الترمذي: ٢٩١٦)، و (أبو يعلى: ٤٢٦٥)، و (البغوي في شرح السنة: ٤٧٩)، و (البيهقي في السنن الكبرى: ٢ / ٤٤٠)، و صححه ابن خزيمة (١٢٩٧)، و استغربه البخاري، و الترمذي، وقال الحافظ في (الفتح: ٩ / ٨٦) : « في إسناده ضعف، وقد أخرج ابن أبي داود من وجه آخر مرسل نحوه، ولفظه: أعظم من حامل القرآن وتاركه. ومن طريق أبي العالية موقوفاً: كنا نعد من أعظم الذنوب أن يتعلم الرجل القرآن، ثم ينام عنه حتى ينساه، وإسناده جيد. ومن طريق ابن سيرين بإسناد صحيح في الذي ينسى القرآن: كانوا يكرهونه، ويقولون فيه قولاً شديداً ».

(٢) أخرجه (مسلم: ٨٩) من حديث أبي هريرة. قلت: وأخرجه أيضاً (البخاري: ٢٧٦٦). (السبع الموبقات) : أي: الذنوب المهلكات. (نهاية ابن الأثير: وبق).

(٣) برقم (٢١٦) وأطرافه من حديث ابن عباس. قلت: وأخرجه أيضاً (مسلم برقم: ٢٩٢).

(٤) للإمام الذهبي كتاب: « الكبائر وتبيين المحارم » أكرمني الله بتحقيقه، وصدر عن دار المنار بدمشق. جمع فيه الذهبي (٧٦) كبيرة، وذكر في آخره فضلاً جامعاً لما يحتمل أنه من الكبائر. وقد شرحه شرحاً وافياً أستاذنا العلامة علي الشربجي أبو خالد بكتاب سماه: « الزواجر في التحذير من الكبائر » صدر عن دار القلم بدمشق.

(٥) في (ظ): « الكبائر ».

الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوط مستقبل القبلة، وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام، ولك أن تقول: وكثرة خصومات المحق ينبغي أن لا تكون معصية، إذا راعى حد الشرع، وتخطي الرقاب؛ فإنه معدود من المكروهات لا محرّم، وكذا الكلام والإمام يخطب على الأظهر.

قلت: المختار أن تخطي الرقاب حرام؛ للأحاديث فيه^(١).

والصواب في الخصومات ما قاله الرافعي، وأن البيع والشراء في المسجد، وإدخاله الصبيان إذا لم يغلب تنجيسهم إيّاه، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب.

وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلاف سبق.

ومن الصغائر: القبلة للصائم الذي تحرّك شهوته^(٢)، والوصال في الصوم على الأصح، والاستمناء، وكذا مباشرة الأجنبية بغير جماع، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير، والرجعية، والخلوة بالأجنبية، ومسافرة المرأة بغير زوج، ولا محرّم، ولا نسوة ثقات، والنجش^(٣)، والاحتكار، والبيع على بيع أخيه، وكذا السوم، والخطبة، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتصريّة^(٤)، وبيع المعيب من غير بيانه، واتخاذ الكلب الذي لا يحل اقتناؤه، وإمساك الخمر غير المحترمة، وبيع العبد المسلم لكافر، وكذا المصحف، وسائر كتب العلم، واستعمال النجاسة في البدن بغير حاجة، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح، وأشباه هذه. والله أعلم.

إذا تقرّر هذا فقال الأصحاب: يشترط في العدالة اجتناب الكبائر، فمن ارتكب كبيرة واحدة، فسق، ورُدّت شهادته.

(١) انظرها في (جامع الأصول: ٥ / ٦٩١ - ٦٩٢).

(٢) في المطبوع: « يحرك لشهوة » بدل: « تحرّك شهوته ».

(٣) النجش: بفتح النون وإسكان الجيم، وحقيقة النجش المنهي عنه في البيع: أن يحضر الرجل السوق، فيرى سلعة تباع فيمن يزيد، فيزيد في ثمنها، وهو لا يرغب في ابتاعها ليقبض به الراغب، فيزيد لزيادته؛ ظناً منه بأن تلك الزيادة لرخص السلعة اغتراراً به، وهذه خديعة محرمة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٣٠).

(٤) التصرية: المصراة: الناقة، أو البقرة، أو الشاة التي قد صرّي اللبن في صرعها، يعني: حُقِن فيه أياماً فلم يحلب، وأصل التصرية: حبس الماء (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٠٨).

وأما الصغائر، فلا يشترط اجتنابها بالكليّة، لكن يشترط أن لا يُصِرَّ عليها، فإنَّ أَصَرَ كان الإصرارُ كارتكابِ كبيرةٍ، وهل الإصرارُ السالِبُ للعدالةِ المداومةِ على نوعٍ من الصغائر، أم الإكثارُ من الصغائر، سواءً كان من نوعٍ، أو أنواعٍ؟ فيه وجهان، ويوافقُ الثاني قول الجمهور: أنَّ مَنْ غلبت طاعتهُ معاصيتهُ، كان عدلاً، وعكسه فاسقٌ، ولفظ الشافعي رحمته الله في «المختصر» يوافقُه، فعلى هذا: لا تضرُّ المداومةُ على نوعٍ من الصغائر إذا غلبت الطاعاتُ، وعلى الأول: يضرُّ.

فَرْعٌ: اللَّعْبُ بِالشُّطْرَنْجِ ^(١) مكروه، وقيل: مباحٌ لا كراهةَ فيه، ومالَ الحليُّ إلى تحريمه، واختاره الرُّويانيُّ، والصحيح: الأولُ؛ فإنَّ اقترنَ به قمارٌ، أو فُحْشٌ، أو إخراجُ صلاةٍ عن وقتها عمداً، رُدَّتْ شهادتهُ بذلك المقارنِ وإنما يكونُ قماراً إذا شرطَ المالُ مِنَ الجانِبينِ، فإنَّ أخرجَ أحدهما ليبدله إنَّ غلبَ، ويمسكه إنَّ غلبَ، فليس بقمار، ولا تردُّ به شهادة؛ لكنه عقدٌ مسابقةٍ على غير آلة قتالٍ، فلا يصحُّ.

ولو لم يخرج الصلاة [عن الوقتِ] عمداً، لكن شغله اللعبُ به حتَّى خرجَ، وهو [١٢٥٩ / ب] غافلٌ؛ فإنَّ لم يتكرَّرْ ذلك منه، لم تُردَّ شهادتهُ، وإن كثرَ منه، فسقَ ورُدَّتْ شهادتهُ بخلاف [ما] إذا تركها ناسياً مراراً؛ لأنه - هنا - شغلٌ نفسه بما فاتت به الصلاةُ، هنكذا ذكروه، وفيه إشكالٌ؛ لما فيه من تعصية الغافلِ اللاهي، ثم قياسه الطرد في شغل النفس بغيره مِنَ المباحاتِ.

وأشار الرُّويانيُّ إلى وجه: أنه يفسقُ، وإن لم يتكرَّر.

وفي «المهذَّب» ^(٢): اشتراطُ التكرُّر في إخراجها عن الوقت، وإن كان عالماً، وهو خلاف ما سبق أن إخراجَ الفريضة عن الوقتِ عمداً كبيرة.

وأما اللعبُ بالنَّرْدِ ^(٣) ففي وجه: مكروهٌ، والصحيح: تحريمُهُ، فعلى هذا: قال

(١) الشُّطْرَنْج: بكسر الشين في اللغة الفصيحة (النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥)، قال في (المعجم

الوسيط: ١ / ٥٠٢): «لعبةٌ تُلَعَّبُ على رُقعة ذات أربعة وستين مربعا، وتمثل دولتين متحاربتين باثنتين وثلاثين قطعة، تمثل الملكين والوزيرين والخيالة والقلاع والفيلة والجنود، هندية».

(٢) انظر: (المهذَّب: ٥ / ٦٠٢).

(٣) النَّرْد: معربة: لعبة ذات صندوق وحجارة وقصين، تعتمد على الحظ وتنقل فيها الحجارة على حسب ما يأتي به الفص [الزَّهر]، وتعرف عند العامة بـ: [الطاولة]. انظر: (المعجم الوسيط: ٢ / ٩٤٩)، و (النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥).

الشيخ أبو محمد: هو صغيرة، قال الإمام: والصحيح أنه من الكبائر.

قال في « الأم »: وأكره اللعب بالحزّة^(١) والقرق^(٢)، فالحزّة: قطعة^(٣) خشب، يحفر فيها حُفر في ثلاثة أسطر، يجعل فيها حصّى صغار، يلعب بها، وقد تسمّى: الأربعة عشر^(٤).

والقرق: أن يخطّ في الأرض خطّ مربع، ويجعل في وسطه خطّان كالصليب، ويجعل على رؤوس الخطوط حصّى صغار، يلعب بها. وهذه اللفظة رأيها بخط الرؤياني بفتح القاف والراء، وضبطها بعضهم بكسر القاف وإسكان الراء.

قال في « الشامل »: اللعب بهما، كالترّد، وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » أنه كالشطرنج.

فَرْغ: اتخاذ الحَمَام للبيض والفرخ^(٥)، أو الأُنس، أو حَمَلِ الكُتُب جائزٌ بلا كراهة، وأمّا اللعب بها بالتطير والمسابقة، فقليل: لا يُكره.

والصحيح: أنه مكروه، ولا تردُّ الشهادة بمجرّده، فإن انضمَّ إليه قمارٌ ونحوه رُدَّتْ.

فَرْغ: غناء^(٦) الإنسان قد يقع بمجرّد صوته، وقد يقع بالآلة.

أما القسم الأول: فمكروه، وسماعه مكروه، وليساً محرّمين، فإن كان سماعه من أجنبيّة فأشدُّ كراهةً.

وحكى القاضي أبو الطيّب تحريمه، وهذا هو الخلاف الذي سبق في أن صوتها

(١) الحزّة: بفتح الحاء المهملة وبالزاي (مغني المحتاج: ٤ / ٤٢١).

(٢) (الأم: ٦ / ٢٠٨).

(٣) في المطبوع: « قطع ».

(٤) وتسمّى: « المُنْقَلَة »؛ لأنه يتم فيها نقل الحصّى، وهي بالفارسية، وعند العامة « شارده »، وهي أربعة عشر بالفارسية؛ لأن (شار) أربعة، و (ده) عشرة بلغتهم، وهي حُفِيرَات تجعل في لوح، سطرًا من أحد جانبيه، و سطرًا في الجانب الآخر، وتجعل في الحفر حصّى صغيرة، يلعبون بها (النظم المستعذب: ٢ / ٣٢٥)، وانظر: (البيان: ١٠ / ٢٩٠).

(٥) في المطبوع: « للفرخ والبيض ».

(٦) الغناء: هو التغني بالألحان، وهو كلامٌ، حسنه حسنٌ، وقبيحه قبيحٌ، والإنشاد الهادف المحرك للأحوال السنية المذكورة لأمر الآخرة لا بأس به.

هل هو عورة ؟ فإن كان في السماع منها خوف فتنة، فحرامٌ بلا خلاف، وكذا السماع من صبيٍّ يخاف منه الفتنة .

وحكى أبو الفرج الرّاز وجهاً: أنه يحرم كثيرُ السماع، دون قليله، ووجه: أنه يحرم مطلقاً، والصحيح: الأول، وهو المعروف للأصحاب .

وأما الحُداء^(١)، وسماعه، فمباحان، وأما تحسينُ الصوتِ بقراءة القرآن، فمسنونٌ .

وأما القراءة بالألحان؛ فقال في « المختصر »: لا بأس بها .

وعن رواية الربيع بن سليمان الجيزي: أنها مكروهة، قال جمهورُ الأصحاب: ليست على قولين؛ بل المكروه أن يفرط في المدّ، وفي إشباع الحركات حتّى تتولّد من الفتحة ألفٌ، ومن الضمة^(٢) واوٌ، ومن الكسرة ياءٌ، أو يدغم في غير موضع الإدغام، فإن لم يَنْتَه إلى هذا الحدّ، فلا كراهة .

وفي « أمالي السرخسي » وجه: أنه لا يكره وإن أفرط .

قلتُ: الصحيح أنه إذا أفرط على الوجه المذكور، فهو حرام، صرّح به صاحب « الحاوي »، فقال: هو حرامٌ، يفسق به القارئ، ويأثم المستمع؛ لأنه عدل [به] عن نهجه القويم^(٣)، وهذا مرادُ الشافعي بالكراهة .

ويسنُّ ترتيلُ القراءة [١٢٦٠ / أ] وتدبُّرها، والبكاء عندها، وطلبُ القراءة من حسنِ الصوت، والجلوسُ في حلقِ القراءة، ولا بأسَ بترديد الآية للتدبُّر، ولا باجتماع الجماعة في القراءة، ولا بإدارتها وهي^(٤) أن يقرأ بعضُ الجماعة قطعةً، ثم البعضُ قطعةً بعدها، وقد أوضحتُ هذا كُلَّهُ، وما يتعلّق به من النفائس في « آداب حَمَلَةِ الْقُرْآن »^(٥) . والله أعلم .

(١) الحُداء: هو تحسينُ الصوت الشجي بالرجزِ المباح وغيره؛ ليخفف الكلال، ويحدث نشاط النفس .
(النجم الوهاج: ١٠ / ٢٩٦) .

(٢) في المطبوع: « الضم » .

(٣) في المطبوع: « لهجة التقويم » .

(٤) في المطبوع: « وهو » .

(٥) انظر: (التبيان في آداب حملة القرآن ص: ٨١ - ١١٤) .

القسم الثاني: أَنْ يُغْنِي بَعْضُ آلَاتِ الْغِنَاءِ، مِمَّا هُوَ مِنْ شِعَارِ شَارِبِي الْخَمْرِ، وَهُوَ مَطْرَبٌ^(١)، كَالطَّنْبُورِ، وَالْعُودِ، وَالصَّنَجِ، وَسَائِرِ الْمَعَازِفِ^(٢) وَالْأُوتَارِ يَحْرُمُ اسْتِعْمَالُهُ وَاسْتِمَاعُهُ. وَفِي الْيَرَّاعِ^(٣): وَجْهَانِ، صَحَّحَ الْبَغَوِيُّ^(٤) التَّحْرِيمَ، وَالْغَزَالِيُّ الْجَوَازَ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ، وَلَيْسَ الْمَرَادُ مِنَ الْيَرَّاعِ كُلِّ قَصَبٍ؛ بَلِ الْمِزْمَارُ الْعِرَاقِيُّ^(٥)، وَمَا يَضْرِبُ بِهِ الْأُوتَارَ حَرَامٌ بِلَا خِلَافٍ.

قلت: الْأَصَحُّ، أَوْ الصَّحِيحُ: تَحْرِيمُ الْيَرَّاعِ، وَهُوَ هَذِهِ الزَّمَارَةُ الَّتِي يُقَالُ لَهَا الشَّبَّابَةُ، وَقَدْ صَنَّفَ الْإِمَامُ أَبُو الْقَاسِمِ الدَّوْلَعِيُّ كِتَابًا فِي تَحْرِيمِ الْيَرَّاعِ، مُشْتَمِلًا عَلَى نَفَائِسَ، وَأَطْنَبَ فِي دَلَائِلِ تَحْرِيمِهِ. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

أَمَّا الدُّفُّ، فَضَرْبُهُ مَبَاحٌ فِي الْعُرْسِ، وَالْخِتَانِ، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِمَا، فَأُطْلِقَ صَاحِبُ « الْمَهْدَبِ »^(٦) وَالْبَغَوِيُّ^(٧)، وَغَيْرُهُمَا تَحْرِيمَهُ.

وَقَالَ الْإِمَامُ، وَالْغَزَالِيُّ: حَلَالٌ، وَحَيْثُ أَبْحَنَاهُ هُوَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ جَلَاجِلٌ، فَإِنْ كَانَتْ^(٨)، فَلَا صَحَّحَ حِلُّهُ أَيْضًا. وَلَا يَحْرُمُ ضَرْبُ الطُّبُولِ، إِلَّا الْكُوبَةُ، وَهُوَ طَبْلٌ طَوِيلٌ مُتَسَعٌ الطَّرْفَيْنِ، ضَيْقُ الْوَسَطِ، وَهُوَ الَّذِي يَعْتَادُ ضَرْبُهُ الْمُخْتَثُونَ. وَالطُّبُولُ الَّتِي تَهَيَّأُ لِمَلَاعِبِ الصَّبِيَّانِ إِنْ لَمْ تَلْحَقْ بِالطُّبُولِ الْكِبَارِ، فَهِيَ كَالدُّفِّ، وَلَيْسَتْ كَالْكُوبَةِ بِحَالٍ. وَالضَّرْبُ بِالصَّفَاقَتَيْنِ^(٩) حَرَامٌ، كَذَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، وَغَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ

(١) مطرب: الطَّرَبُ: خَفَةُ تَصِيبُ الْإِنْسَانَ لَشِدَّةِ حَزَنِ أَوْ سُرُورٍ، وَالْآلَةُ الْمَطْرَبَةُ: هِيَ الَّتِي تَكْسَبُ سَامِعَهَا طَرِبًا، وَالطَّرَبُ: حُلُولُ الْفَرَحِ وَذَهَابُ الْحُزَنِ. انْظُرْ: (النَّظْمُ الْمُسْتَعَذَّبُ: ٢ / ٣٢٦)، وَ(الْمَصْبَاحُ: ط ر ب).

(٢) المعازف: المَلَاهِي، وَتَشْمَلُ الْأُوتَارَ وَالْمِزَامِيرَ (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ: ٣ / ٣٧٩).

(٣) اليرَّاع: بَفَتْحِ الْيَاءِ وَتَخْفِيفِ الرَّاءِ وَبِالْعَيْنِ الْمَهْمَلَةِ، وَهُوَ جَمْعُ: يَرَاعَةٌ، أَوْ اسْمُ جَنْسٍ، وَاحِدَتُهُ: يَرَاعَةٌ (تَهْذِيبُ الْأَسْمَاءِ وَاللُّغَاتِ: ٣ / ٦٩٨).

(٤) انظر: (التَهْذِيبُ: ٨ / ٢٦٧).

(٥) المِزْمَارُ الْعِرَاقِيُّ: هُوَ الَّذِي يَضْرِبُ بِهِ مَعَ الْأُوتَارِ (النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ١٠ / ٣٠٢).

(٦) انظر: (المَهْدَبُ: ٥ / ٦٠٧).

(٧) انظر: (التَهْذِيبُ: ٨ / ٢٦٧).

(٨) فِي الْمَطْبُوعِ: «كَانَ».

(٩) الصَّفَاقَتَيْنِ: صُفْرٌ يُضْرَبُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ (مَغْنِي الْمَحْتَاجِ: ٤ / ٤٢٩).

عادة الْمُحْتَشِن، وتوقف فيه الإمام؛ لأنه لم يَرِدْ فيه خبرٌ بخلاف الكُوبة.

وفي تحريم الضرب بالقضيبِ على الوسائدِ وجهان.

قطع العراقيون بأنه ^(١) مكروه لا حرام، والرقصُ ليس بحرام، قال الحَلِيمِي: لكن الرقص الذي فيه تَنَنٌ وتكسُّر يشبه أفعالَ الْمُحْتَشِن حرامٌ على الرجالِ والنساء.

فَزَعُ: إنشاء الشعر، وإنشاده، واستماعه جائز، فلو هَجَا الشاعرُ في شِعْره ولو بما هو صادقٌ فيه رُدَّتْ شهادته، وليس إثمٌ حاكمي الهَجْوِ كإثمِ مُنشئه، ويشبه أن يكون التعريضُ هَجْوًا، كال تصريح، وقال ابنُ كَجَّ: ليس التعريضُ هَجْوًا، وتردُّ شهادة الشاعر إذا كان يفحشُ ويشبُّ بامرأة بعينها، أو يصفُ أعضاء باطنة، فإن شبَّ بجاريته، أو زوجته، فوجهان.

أحدهما: يجوز، ولا تردُّ شهادته، وهذا القائل يقول: إذا لم تكن المرأة معيّنة، لا تردُّ شهادته؛ لاحتمال أنه يريدُ مَنْ تَحَلَّى له، والصحيح أنه ^(٢) تردُّ شهادته إذا ذكر جاريته أو زوجته بما حقُّه الإخفاء؛ لسقوط مِرْوته.

ولو كان يشبُّ بغلام، ويذكر أنه يعشقه، قال الرُّوْيَانِي: يفسق، وإن لم يعيّنه؛ لأن النظرَ إلى الذكور بالشهوة حرام بكلِّ حال.

وفي «التهذيب» ^(٣)، وغيره: اعتبارُ التعيين في الغلام كالمرأة.

وإن كان يمدحُ الناسَ ويطري، نُظِرَ:

إن أمكنَ حملُه على ضربٍ مبالغٍ، جاز، وإن لم يكن [١٢٦٠ / ب] حملُه على المبالغة وكان كذباً مَحْضاً، فالصحيحُ الذي عليه الجمهورُ، وهو ظاهر نصِّه: أنه كسائر أنواع الكذب، فتردُّ شهادته إن أكثر ^(٤) منه، وقال القَفَّالُ، والصَّيْدَلَانِي: لا يلحقُ بالكذب؛ لأن الكاذب يوهم الكذبَ صدقاً، بخلاف الشاعر، فعلى هذا: لا فرق بين قليله وكثيره، وهذا حسنٌ بالغ، وينبغي أن يقال على قياسه: إن التشيبَ

= « المرادُ التصفيقُ باليدين؛ فلم نجد في كتاب أسماء الملاهي آله تسمى: الصَّفَاقَتين ».

(١) في المطبوع: « بأن ».

(٢) في المطبوع: « أن ».

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٦٨).

(٤) في المطبوع: « كثر ».

بالنساء والغلمان بغير تعيينٍ لا يُخْلُ بالعدالة، وإن أكثر^(١) منه؛ لأن التشيبَ صنعةٌ، وغرضُ الشاعرِ تحسينُ الكلامِ، لا تحقيقُ المذكورِ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكمُ لو سمى امرأةً، لا يدري مَنْ هي.

فَرْغ: ما حَكَمْنَا بِإِباحتهِ في هذه الصُّورة قد يقتضي الإكثارُ منه رَدُّ الشهادةِ؛ لكونه خارجاً للمروءة، فَمَنْ دأوم على اللعبِ بالشُّطرنجِ والحَمَامِ، رُدَّتْ شهادتُهُ وإن لم يقتِرْ به ما يوجبُ التحريمَ؛ لما فيه من تركِ المروءةِ، وكذا مَنْ دأومَ على الغناءِ، أو سماعِهِ، وكان يأتي الناسَ ويأتونه، أو اتخذَ جاريةً، أو غلاماً لِيُغَنِّيَا^(٢) للناسِ، وكذا المداومة على الرقصِ، وضربِ الدُّفِّ، وكذا إنشادِ الشُّعرِ، واستنشاده إذا أكثرَ منه، فتركَ به مُهمَّاتِهِ، كان خارجاً للمروءة، ذكره الإمامُ. قال: وكذا لو كان الشاعرُ يكتسبُ بشعره. والمرجعُ في المداومة والإكثارِ إلى العادة، ويختلفُ الأمرُ فيه بعاداتِ النواحي والبلادِ، ويستقبِحُ من شخصٍ قَدْرٌ لا يستقبِحُ من غيره، وللأمكنة فيه أيضاً تأثيرٌ، فاللعبُ بالشُّطرنجِ في الخلوةِ مراراً، لا يكون كاللَّعبِ به في السوقِ^(٣) مرةً على مَلَأ من الناسِ، وهل يقال على هذا: لما استمرت العادةُ أَنَّ الشاعرَ يكتسبُ بشعره وعدَّ^(٤) صنعةَ الغناءِ حِرْفَةً ومكسباً؛ فالاشتغالُ به ممن يليقُ بحاله، لا يكون تَرْكاً للمروءة؟ وكلامُ الأصحابِ محمولٌ على ما لا يليقُ به، وقد رأيتُ ما ذكرتهُ في الشاعرِ يكتسبُ بشعره لابنِ القاصِّ.

فَرْغ: ما حَكَمْنَا بتحريمه في هذه المسائلِ، كالتردِّدِ، وسماعِ الأوتارِ، ولُبْسِ الحريرِ، والجلوسِ عليه، ونحوها، هل هو مِنَ الكبائرِ فتردُّ الشهادةُ بمرةٍ، أم من الصغائرِ، فيعتبرُ المداومةُ والإكثارُ؟ وجهان.

يميل كلامُ الإمامِ إلى أوْلَهما.

والأصحُّ: الثاني، وهو المذكور في « التهذيب » وغيره، وزاد الإمامُ، فقال: ينظرُ إلى عادةِ البلدِ والقُطرِ، فحيثُ يستعظمون التَّردُّ وسماعِ الأوتارِ تردُّ الشهادةُ بمرةٍ

(١) في المطبوع: « كثر ».

(٢) في المطبوع: « ليتغنيا ».

(٣) في المطبوع: « سوق ».

(٤) في الأصول الخطية: « وعهد »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٢ / ١٨).

واحدة؛ لأن الإقدام في مثل تلك الناحية لا يكون إلا من جَسُورٍ، مُنَحَلٍّ عن رِبْقَةِ المروءة، فتسقط الثقة بقوله، وحيث لا يستعظمونه لا يكون مطلق الإقدام مُشْعِراً بترك المبالاة، وسقوط المروءة، وحينئذ يقع النظر في أنه صغيرة أم كبيرة.

فَرَعٌ: الخَمْرُ العنبيَّة^(١) التي لم يشنها ماءٌ، ولا طُبِخَتْ بنارٍ، مُحَرَّمَةٌ بالإجماع، وَمَنْ شربها [عامداً] عالماً بحالها، حُدَّ ورُدَّتْ شهادتهُ، سواء شرب قَدراً يُسكر^(٢) أم لا.

قال أصحابنا العراقيون: وكذا حكمُ بائعها، ومُشتريها في ردِّ شهادتهما، ولا تُردُّ الشهادةُ بإمساكها؛ لأنه قد يجوز أن يقصد به التخلُّل، أو التخليل.

وأما المطبوعُ من عصيرِ العنبِ المختلفِ في تحريمه، وسائر الأنبذة؛ فإن شربَ منها القَدْرَ المسكر، حُدَّ، ورُدَّتْ شهادتهُ، وإن شرب قليلاً وهو يعتقدُ إباحته [١٢٦١ / أ] كالحنفيِّ، ففيه أوجهٌ:

الأصح المنصوص: يُحَدُّ، ولا تُردُّ شهادتهُ.

والثاني: تُردُّ، ويُحَدُّ.

والثالث: لا تُردُّ، ولا يُحَدُّ، واحتجَّ الأصحاب للأصح بأنَّ الحدَّ إلى الإمام، فاعتبر اعتقاده، والشهادة تعتمد اعتقادَ الشاهد، ولهذا لو غَصَبَ جاريةً ووطئها معتقداً أنه يزني بها، فبان أنها ملكُها، فُسِّقَ، ورُدَّتْ شهادته. ولو وطئ جاريةً غيره يعتقدُها جاريته، لم تُردِّ شهادتهُ؛ ولأنَّ الحدَّ للزَّجرِ، والنبذُ يحتاجُ إلى زَجْرٍ، وردُّ الشهادة؛ لسقوط الثقة بقوله، ولا يوجد ذلك إذا لم يعتقدِ التحريم.

وأما إذا شربه مَنْ يعتقدُ تحريمه، فالمذهبُ أنه يُحَدُّ، وتُردُّ شهادتهُ.

وعن القفال: أنَّ مَنْ نكحَ بلا وليٍّ، ووطئ، لا تُردُّ شهادتهُ، إن اعتقدَ الحِلَّ، وتُردُّ إن اعتقدَ التحريمَ، وعلى هذا قياسُ سائرِ المجتهدات، ولكن عن نصِّ الشافعي رحمته الله: أنه لا تُردُّ شهادةُ مُسْتَحِلِّ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ، والمفتي به، والعامل به، ونقل^(٣) أبو الفياض مثله.

(١) في المطبوع: «العينية»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٩).

(٢) في المطبوع: «يسكره».

(٣) في (ظ)، والمطبوع زيادة: «القاضي».

قلت: قال ابن الصَّبَّاح: قال في « الأم »: إذا أخذَ من النَّثَارِ^(١) في الفَرَح، لا تردُّ شهادته؛ لأنَّ من الناس مَنْ يُحِلُّ ذلك، وأنا أكرهه.

قال في « الأم »: ومن ثبت أنه يحضرُ الدعوةَ بغير دعاءٍ من غير ضرورة، ولا يستحلُّ صاحبُ الطعام، وتكرَّر ذلك منه، رُدَّتْ شهادته؛ لأنه يأكلُ محرماً إذا كانت الدعوةُ دعوة رجلٍ من الرعية، وإن كانت دعوة سلطان، أو من يتشبه بالسلطان فهذا طعام عام، فلا بأس به^(٢).

قال ابن الصَّبَّاح: وإنما اشترطَ تكرر ذلك؛ لأنه قد يكون له شبهةٌ حتَّى يمنعه صاحبُ الطعام، فإذا تكرر، صارَ دناءةً، وقلةً مروءةً. والله أعلم.

الشرط الخامس: المروءة، وهي التوفي عن الأذناس، فلا تقبلُ شهادةً من لا مروءة له، فمن ترك المروءة: لبس ما لا يليقُ بأمثاله؛ بأن يلبسَ^(٣) الفقيه القَبَاءَ^(٤)، والقلنسوة^(٥)، ويتردَّدَ فيهما في بلدٍ لم تجر عادةُ الفقهاء بلبسهما فيه، أو لبس التاجر ثوبَ الجمال، أو تعمَّمَ الجمال وتطلَّسَ^(٦)، وركبَ بغلةً مُثَمَّنةً، وطاف في السوق، واتخذَ نفسه ضحكةً.

ومنه: المشي في السوق مكشوف الرأس والبدن إذا لم يكن الشخصُ سوقياً ممن يليقُ به مثله، وكذا مدُّ الرجل بين الناس، والأكل في السوق والشرب من سقاياتها، إلا أن يكون الشخصُ سوقياً، أو شرب؛ لغلبة عطش.

ومنه: أن يقبل امرأته، أو جاريته بحضرة الناس، أو يحكي ما يجري بينهما في الخلوة، أو يكثر من الحكايات المضحكة، أو يخرج عن حُسن العشرة مع الأهل، والجيران، والمعاملين، ويضايق في السير الذي لا يستقصى فيه.

(١) النَّثَار: النثر: نثر الشيء بيده ترمي به متفرقاً، مثل: نثر الجوز واللوز والسكر، وهو النثار (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٢٩).

(٢) في المطبوع: « فلا تأثير به ».

(٣) في المطبوع: « لبس ».

(٤) القَبَاء: ثوب يلبس فوق الثياب أو القميص ويتمنطق به (المعجم الوسيط: ٢ / ٧٤٠).

(٥) القلنسوة: ما يلبس على الرأس (مغني المحتاج: ٤ / ٤٣٢).

(٦) تَطَلَّسَ: أي: لبس الطَّلِيسان، وهو: ثوب يُغطى به الرأس والبدن، يلبس فوق الثياب (النظم المستعذب: ٢ / ١٤١).

ومنه: الإكْبَابُ^(١) على اللَّعِبِ بالشُّطرنجِ، والحَمَامِ، والغِنَاءِ على ما سبق.

ومنه: أَنْ يَتَبَدَّلَ الرجلُ المعتبرُ نفسه^(٢) بنقلِ الماء والأطعمة إلى بيته إذا كان ذلك عن شُحٍّ، فإن فعله استكانةً، واقتداءً بالسَّلفِ التاركين للتكَلُّفِ، لم يَدَحْ ذلك في المروءة، وكذا لو كان يلبسُ ما يجدُ، ويأكل حيثُ يجدُ؛ لتقلُّله وبراءته من التكَلُّفِ المعتاد، وهذا يعرفُ بتناسب حالِ الشخص في الأعمال والأخلاق، وظهور مَخَاليلِ الصَّدق فيما يُبديهِ، وقد يؤثر فيه الزِّي واللِّبسة.

وفي قبول شهادة أهل الحرف [١٢٦١ / ب] الدنيئة، كحَجَّامٍ، وكَنَّاسٍ، ودَبَّاحٍ، وقَيِّمِ حَمَامٍ، وحارسٍ، ونَخَّالٍ، وإسكافٍ، وقَصَّابٍ، ونحوهم، وجهان.

أصْغُهُما: القبولُ، وفي الحائِكِ الوجهان، وقيل: يقبلُ، قطعاً وقيل: يقبلُ مَنْ لا يحتاج إلى مباشرة نجاسةٍ، أو قَدَرٍ، كالحائِكِ، والنخَّالِ، والحارسِ، دون غيرهم.

وفي الصَّبَّاحِ والصائغِ طريقان.

أحْذُهُما: طَرُدُ الوجهين، والمذهبُ القبولُ قطعاً، لكن مَنْ أَكْثَرَ منهم، وَمِنْ سائرِ المحترفةِ كَذِباً وخُلُفاً في الوعد، رُدَّتْ شهادته، ولذلك قال الغزالي: الوجهان في أصحابِ الحَرِفِ، هما فيمن يليق [به]، وكان ذلك صَنْعَةَ آبائِهِ، فأَمَّا غَيْرُهُ، فتسْقُطُ مُروءَتُهُ بها، وهذا حَسَنٌ، ومقتضاه أَنْ يُقالَ: الإسْكَافُ والقَصَّابُ إذا اشتغلا بالكَنْسِ، بَطَلَتْ مُروءَتُهُما بخلافِ العكس.

قلتُ: لم يتعرَّضِ الجمهورُ لهذا القيد، وينبغي أَنْ لا يقيَّدَ بصنعةِ آبائِهِ؛ بل ينظرُ: هل يليقُ به هو، أم لا ؟ واللهُ أَعْلَمُ.

ثم الذين يباشرون النجاسة إنما يجري فيهم الخلاف إذا حافظوا على الصلوات في أوقاتها، واتخذوا لها ثياباً طاهرةً، وإلا فتردُّ شهادتهم بالفِسْقِ.

فَرَعٌ: من ترك السننَ الراتبة، وتسبيحاتِ الركوع والسجود أحياناً، لا تردُّ

(١) في (ظ)، والمطبوع: «الإكثار»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢)، و(المنهاج، والنجم الوهاج: ١٠ / ٣١٠).

(٢) كلمة: «نفسه» لم ترد في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢).

شهادته، وَمَنْ اعتَادَ تركها، رُدَّتْ شهادته؛ لتهاونِه بالدِّين وإشعارِ هذا بقلَّةِ مُبالَاته بالمهمَّاتِ، وحكى أبو الفَرَج في غير الوترِ ورَكَعتي الفجر وجهاً^(١) : أنه لا تردُّ شهادته باعتيادِ تركها.

فَرَعٌ: نصَّ أَنْ مستحلَّ الأنبذة إنْ أدامَ المنادمةَ عليها، والحضورَ مع أهل السَّفه، رُدَّتْ شهادته؛ لطرَحِه المروءة. وتقبَّلُ شهادة الطَّوافين على الأبواب، وسائر السُّؤال إلاَّ أَنْ يكثرَ الكذب في دعوى الحاجة، وهو غيرُ مُحْتَاج، أو يأخذَ ما لا يحلُّ له أخذه، فيفسق. ومقتضى الوجهِ الذاهِبِ إلى ردِّ شهادة أصحابِ الحِرَف، ردُّ شهادته؛ لدَلالَتِه على خِسَّتِه.

الشرطُ السادسُ: الانفكاكُ عن التَّهمة، وللتَّهمة أسبابُ:

الأولُ: أَنْ يَجْرَّ بشهادته إلى نفسه نفعاً، أو يدفعَ بها ضرراً، فلا تقبَّلُ شهادة السيدِ لعبده المأذونِ له، ولا لمكاتبِه بدين ولا عين^(٢)، ولا شهادة الوارثِ لمورثه، ولا الغريمِ للميت، والمفلسِ المحجور عليه، وتقبَّلُ شهادته لغريمه الموسرِ، وكذا المعسرِ قبلَ الحجرِ عليه على الأصحَّ.

ولا تقبَّلُ شهادة الضامنِ للمضمون عنه بالأداء، ولا الإبراء، ولا الوكيل لموكله فيما هو وكيلٌ فيه، ولا الوصي والقيِّم في محلِّ تصرُّفهما، ولا الشريك لشريكه فيما هو شريكٌ فيه؛ بأنْ يقول: هذه الدارُ بيننا، ويجوزُ أَنْ يشهدَ بالنصفِ لشريكه، ولا تقبَّلُ شهادته لشريكه ببيع الشَّقَصِ، ولا للمشتري من شريكه؛ لأنها تتضمَّنُ إثباتَ الشُّفعة لنفسه، فإنْ لم يكن فيه شُفعة؛ بأنْ كان ممَّا لا ينقسمُ، قال الشيخ أبو حامد: تقبَّل، وكذا لو عفا عن الشُّفعة، ثم شهدَ.

ولو شهدَ أن زيدا جرحَ مورثه، لم يقبَّلْ للتَّهمة.

ولو شهدَ بمالٍ آخرَ لمورثه المجروح، أو المريض؛ إنْ شهد^(٣) بعد الاندمالِ، قبِلَتْ قطعاً، وكذا قبله على الأصحَّ.

فَرَعٌ: ذكر القاضي أبو سعدٍ الهرويُّ [١٢٦٢ / أ] في « شرح أدب القضاء » لأبي

(١) في المطبوع: « وجهان »، غلط، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٣).

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٣): «... السيد لمكاتبه، ولعبده المأذون له بدين ولا عين».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « يشهد ».

عاصم العبادي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : أنه لا تقبل شهادة المودع للمودع إذا نازعه في الوديعة أجنبي؛ لأنه يستديم اليد لنفسه، ويقبل للأجنبي، وكذا شهادة المرتهن لا تقبل^(١) للراهن، وتقبل^(٢) للأجنبي.

وأن شهادة الغاصب على المغصوب منه بالعين لأجنبي لا تقبل؛ لفسقه، ولتهمته بدفع الضمان ومؤنة الرد؛ فإن شهد بعد الرد، قبلت شهادته، وإن شهد بعد التلف، لم تقبل؛ لأنه يدفع الضمان.

وأن شهادة المشتري شراء فاسداً بعد القبض لا تقبل للأجنبي؛ لما ذكرنا.

وأن شهادة المشتري شراء صحيحاً بعد الإقالة، والرد بالعيب، لا تقبل للبائع؛ لأنه يستبقي لنفسه الغلات، وإن كان المدعي يدعي الملك من تاريخ متقدم على البيع.

ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرط أو المجلس، فوجهان؛ بناءً على أنه يرفع العقد من أصله، وترجع الفوائد إلى البائع، أم من^(٣) حينه ولا ترجع.

وأنه: لو كان لميت دين على شخص، فشهد أجنبيان لرجل بأنه أخو الميت، ثم شهد الغريمان لآخر بأنه ابنه، لم تقبل شهادة الغريمين؛ لأنهما ينقلان ما عليهما للأخ إلى الآخر بخلاف ما لو تقدمت شهادة الغريمين.

وأنه لا تقبل شهادة الوارثين على موت المورث، ولا شهادة الموصي لهما على الموصي، وتقبل شهادة الغريمين على موت من له الدين؛ لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، ولا ينظر إلى نقل الحق من شخص إلى شخص؛ لأن الوارث خليفة المورث، فكانه هو^(٤).

ولو شهد شهود بقتل الخطأ، فشهد اثنان من العاقلة بفسق شهود القتل، لم تقبل شهادتهما؛ لأنهما يدفعان ضرر التحمل.

(١) في المطبوع: « لا يقبل ».

(٢) في المطبوع: « ويقبل ».

(٣) كلمة: « من » ليست في المطبوع.

(٤) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٥) زيادة: « ذكر ذلك كله القاضي أبو سعد الهروي ».

ولو شهد اثنان على مفلس بدين، فشهد غرماؤه الآخرون بفسقهما، لم تقبل شهادتهما؛ لأنهم يدفعون عنه ضرر المزامحة.

ولو شهد اثنان لاثنتين بوصية من تركه، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية من تلك التركة، أو شهد اثنان لرجل، فشهد الرجل مع آخر^(١) بوصية للشاهدين، فوجهان.

أحدهما: لا تقبل الأربعة؛ لثمة المواطأة^(٢).

والصحيح: قبول الشهادتين؛ لانفصال كل شهادة عن الأخرى، ولا يجزئ بشهادته نفعاً، ولهذا قلنا: تقبل شهادة بعض القافلة لبعض في قطع الطريق إذا قال كل واحد منهم: أخذ مالي^(٣) فلان، ولم يقل: أخذ مالنا.

السبب الثاني: البعضية، فلا تقبل شهادة لأصل^(٤)، ولا فرع. وروى ابن القاص قولاً قديماً: أنها تقبل، واختاره المزي، وابن المنذر، والمشهور: الأول.

ولا تقبل لمكاتب ولده، أو والده، وما دونهما.

ولو شهد اثنان أن أباهما قذف ضرة أمهما، أو طلقها، أو خالعهما، ففي قبول شهادتهما قولان، الجديد الأظهر: القبول.

ولو ادعت الطلاق، فشهد لها ابناها، لم تقبل، ولو شهدا حسبة ابتداء، قبلت، وكذا في الرضاع.

ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنى؛ فإن سبق من الابن قذف، فطولب بالحد، فحاول إقامة البينة لدفعه، لم تقبل، وإن لم يقذف، أو لم يطالب بالحد، وشهد الأب حسبة، قبلت شهادته.

فرع: في يد زيد عبد، ادعى شخص [١٢٦٢ / ب] أنه اشتراه من عمرو بعدما

(١) قوله: « بوصية من تلك التركة... مع آخر » ساقط من المطبوع.

(٢) قوله: « بوصية للشاهدين فوجهان... لثمة المواطأة » تكرر في المطبوع.

(٣) في (ظ، أ): « مال »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٥)، وما في (ظ، أ) موافق لما في (النجم الوهاج: ١٠ / ٣١٦).

(٤) في المطبوع: « أصل ».

اشتراه عَمْرُو من زَيْدٍ صاحبِ اليَدِ، وقبضه، وطالبه بالتسليم، فأنكر زَيْدٌ جميعَ ذلك، فشهد ابنه للمدَّعي بما يقوله، فقولا نِ، حكاهما أَبُو سَعْدٍ الهَرَوِيُّ.

أحدهما: لا تقبل، لتضمنها إثباتَ الملكِ لأبيهما.

وأظهرهما: القَبُولُ؛ لأنَّ المقصودَ بالشهادة في الحال المدَّعي، وهو أجنبيٌّ.

فَرَعُ: تقبلُ شهادةَ الوالدِ على الولدِ، وعكسه، سواء شهدَ بمالٍ، أو عقوبة، وقيل: لا تقبلُ شهادتهُ على الوالدِ بقصاص، أو حَدِّ قَذْفٍ، والصحيحُ: الأولُ، ومَنْ شهدَ لولدٍ، أو والدٍ وأجنبيٍّ، قُبِلَتِ للأجنبي في الأصحَّ، أو الأظهر.

فَرَعُ: في حبسِ الوالدينِ بدينِ الولدِ أو جُوعٍ:

الأصح: المنعُ. قال الإمامُ: وإليه صارَ معظمُ أئمتنا.

والثالث: يحبسُ في نفقة ولده، ولا يحبسُ في ديونه، حكاها الإمامُ، واختاره ابنُ القاصِّ، وقد سبق الوجهانِ في « كتاب التفليس ».

فَرَعُ: تقبلُ شهادةَ أَحَدِ الزوجينِ لِلآخَرِ على الأظهر، وقيل: قطعاً، وفي قول: لا، وفي قول: شهادة الزوج لها دون عكسه.

وتقبلُ شهادةَ أَحَدِهِما على الآخرِ إلا أنه لا يقبلُ شهادتهُ عليها بَزْنِي؛ لأنه دعوى خيانتها فِرَاشُهُ.

السببُ الثالثُ: العداوةُ، فلا تقبلُ شهادةَ عدوٍّ على عدوِّه، والعداوةُ التي تردُّ بها الشهادةُ أَنْ تبلغَ حَدًّا يمتنَى زوالَ نعمتهِ، ويفرح لمصيبته، ويحزن لمسرَّته، وذلك قد يكونُ من الجانبين، وقد يكون من أحدهما، فيخصَّ بردُّ شهادته على الآخر.

وإن أفضتِ الشهادةُ إلى ارتكاب ما يفسِّقُ به، رُدَّتْ شهادتهُ على الإطلاق.

ولو عادى مَنْ يريدُ أَنْ يشهدَ عليه، وبالغ في خصومته، فلم يجبهُ، وسكت عنه [ثم شهدَ عليه] قُبِلَتْ شهادتهُ؛ لأنَّا لو لم نقبلها، لاتخذَ الخصومُ ذلكَ ذريعةً إلى إسقاطِ الشهادة. هكذا حكاها الرُّوْيَانِيُّ عن القَقَالِ، وذكره جماعةٌ، منهم البغويُّ في « كتاب اللعان » أن شهادةَ المقدوفِ على قاذِفِهِ قبلَ طَلَبِ الحَدِّ مقبولةٌ، وبعده لا تقبلُ؛ لِظهورِ العداوة.

وأنه لو شهد بعد الطلب، ثم عفا، وأعاد تلك الشهادة، لم تقبل، كالفاسق إذا شهد، ثم تاب، وأعاد تلك الشهادة.

وأنه لو شهد قبل الطلب، ثم طلب قبل الحكم، لم يحكم بشهادته، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في « تعليق الشيخ أبي حامد » وغيره: أَنَّ الشافعي رحمته الله صورَ العداوة الموجبة للردِّ فيما إذا قذف رجلٌ رجلاً، أو ادَّعى عليه أنه قطع الطريق عليه، وأخذ ماله، فيقال: يصيران عدوين، فلا تقبل شهادة أحدهما على الآخر، فاكتفى بالقذف دليلاً على العداوة، ولم يتعرض لطلب الحدِّ.

قال الرُّوياني: لعلَّ القفال أراد غير صورة القذف. ثم [على] ما ذكره البغوي الحكم غير منوط بأن يطلب المَقْذُوفُ الحدَّ؛ بل بأن يظهر العداوة، ولا شك أنه لو شهد على رجل، فقدفه المشهودُّ عليه، لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته، نصَّ عليه.

فَرُوعُ: العداواتُ الدينيَّةُ لا توجب ردَّ الشهادة. بل تقبل شهادة المسلم^(١) على الكافر، والسُّنِّي على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق، لفسقه، لا تردُّ شهادته عليه [١٢٦٣ / أ]. ولو قال عالمٌ ناقدٌ: لا تسمعوا^(٢) الحديث من فلان؛ فإنه مخلطٌ، أو: لا تستفتوه؛ فإنه لا يعرف الفتوى، لم تردَّ شهادته؛ لأن هذا نصيحة للناس، نصَّ عليه.

فَرُوعُ: تقبل شهادة العدوِّ لعدوِّه؛ إذ لا تُهمَّة.

فَرُوعُ: العصبيَّةُ أن يبغضَ الرجل؛ لكونه من بني فلان، فإن انضمَّ إليها دعاءُ الناس، وتألفهم للإضرار به، والوقعة فيه، اقتضى ردَّ شهادته عليه، ومجرَّد هذا لا يقتضيه.

وليس من العصبيَّة أن يحبَّ الرجلُ قومه وعِزَّتَهُ، فتقبل شهادته لهم، وشهادتهم له.

وتقبل شهادته لصديقه ولأخيه^(٣)، وإن كان يَصِلُهُ ويبرُّهُ.

(١) في المطبوع: « بل يقبل للمسلم » بدل: « بل تقبل شهادة المسلم ».

(٢) في (ظ): « لا تسمعون ».

(٣) في المطبوع: « وأخيه ».

فَرُغَ: في شهادة المبتدع، جمهورُ الفقهاء من أصحابنا وغيرهم لا يكفرون أحداً من أهل القبلة، لكن اشتهر عن الشافعي رضي الله عنه تكفيرُ الذين ينفون علمَ الله تعالى بالمعدوم، ويقولون: ما يعلمُ الأشياءَ حتَّى يخلقها، ونقل العراقيون عنه تكفيرَ النَّافينَ^(١) للرؤية، والقائلين بخلق القرآن، وتأوله الإمام، فقال: ظنِّي أنه ناظرٌ بعضهم، فالزَّمةُ الكفرَ في الحجاج، فقيل: إنه كفرهم.

قلتُ: أمَّا تكفير منكري العلم بالمعدوم، أو بالجزئيات، فلا شكَّ فيه، وأما مَنْ نفى الرؤية، أو قال بخلق القرآن، فالمختارُ تأويلُهُ، وسننقلُ إن شاء الله تعالى عن نصِّه في « الأم » ما يؤيده، وهذا التأويلُ الذي ذكره الإمام حسنٌ، وقد تأوله الإمامُ الحافظُ الفقيهُ الأصوليُّ أبو بكرٍ البيهقي^(٢)، رضي الله عنه، وآخرون تأويلاتٍ مُتعارضة، على أنه ليس المرادُ بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النار. وهكذا تأولوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاقِ هذا اللفظ، واستدلُّوا بأنهم لم يُلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة، ووجوب قتلهم وقتالهم، وغير ذلك. والله أعلم.

ثم مَنْ كفرَ من أهل البدع لا تقبلُ شهادته^(٣)، وأمَّا من لا نكفره^(٤) مِنْ أهل البدع والأهواء، فقد نصَّ الشافعي رَحِمَهُ اللهُ في « الأم »، و« المختصر » على قبول شهادتهم إلا الخطَّابِيَّةَ^(٥)، وهم: قومٌ يَرَوْنَ جوازَ شهادةِ أحدهم لصاحبه إذا سمعه

(١) في (ظ)، والمطبوع: « الناهين ».

(٢) هو الحافظ العلامة، الثبُتُ، الفقيه، شيخ الإسلام أحمد بن الحسين البيهقي. ولد سنة (٣٨٤ هـ). كان على سيرة العلماء، قانعاً بالسير، متجملًا في زهده وورعه، وكان من كبار أصحاب الحاكم. قال إمام الحرمين: ما من شافعي إلا وللشافعي فضل عليه غير البيهقي، فإن له المنّة والفضل على الشافعي لكثرة تصانيفه في نصرته مذهبه، وبسط موجهه، وتأيد آرائه. مات بنيسابور سنة (٤٥٨ هـ)، وصنف زهاء ألف جزء، منها: « السنن الكبرى »، و« معرفة السنن والآثار »، و« الأسماء والصفات ». له ترجمة في (سير أعلام النبلاء: ١٨ / ١٦٣ - ١٧٠)، وفي حاشيته مصادرها. وهذا العلم لم يترجمه النووي رَحِمَهُ اللهُ في « تهذيب الأسماء واللغات »، وهو من شرطه.

(٣) في (ظ): « شهادتهم ».

(٤) في المطبوع: « لا يكفره ».

(٥) الخطَّابِيَّة: فرقة من الرافضة، ينسبون إلى أبي الخطاب (محمد بن وهب الأسديّ الأجدع) وكان يأمر أصحابه أن يشهدوا على من خالفهم بالزور (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ١٦٥).

وقال الشهرستاني في (الملل والنحل: ١ / ١٥٩ - ١٦٤): الخطَّابِيَّة: فرقة من غلاة الشيعة، تنسب=

يقول: لي على فلان كذا، فيصدقه يمين، أو غيرها، ويشهد له؛ اعتماداً على أنه لا يكذب. هذا نصه.

والأصحاب^(١) فيه ثلاث فرق:

فرقة جرت على ظاهر نصه، وقبلت شهادة جميعهم، وهذه طريقة الجمهور، منهم ابن القاص، وابن أبي هريرة، والقضاء: ابن كج، وأبو الطيب، والرؤياني، واستدلوا بأنهم مصيبون في زعمهم، ولم يظهر منهم ما يسقط الثقة بقولهم، وقبل هؤلاء شهادة من سب الصحابة والسلف، رضي الله عنهم؛ لأنه تقدم عليه عن اعتقاد، لا عن عداوة وعناد.

قالوا: ولو شهد خطأي وذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد على قول المدعي بأن قال: سمعت فلاناً يقول بكذا لفلان، أو رأيته أقرضه، قبلت شهادته.

وفرقة، منهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه حملوا النص على المخالفين [ب / ١٢٦٣] في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا: هم بالرد أولى من الفسقة.

وفرقة ثالثة، توسطوا، فردوا شهادة بعضهم دون بعض، فقال أبو إسحاق: من أنكر إمامة أبي بكر، رضي الله عنه، ردت شهادته؛ لمخالفته الإجماع، ومن فضل علياً على أبي بكر رضي الله عنهما لم ترد شهادته. ورد الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة، ويقذفون عائشة رضي الله عنها؛ فإنها محصنة كما نطق به القرآن، وعلى هذا جرى الإمام، والغزالي، والبغوي، وهو حسن.

وفي «الرقم»^(٢): أن شهادة الخوارج مردودة؛ لتكفيرهم أهل القبلة.

قلت: الصواب ما قالت الفرق الأولى وهو قبول شهادة الجميع، فقد قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور

= إلى أبي الخطاب، من مزاعمه: أن الأئمة أنبياء، ثم آلهة، وقال بإلهية جعفر بن محمد، وإلهية آبائه، وانظر: (فتح العزيز: ١١ / ٨٢)، و(المصباح: خ ط ب).

(١) في المطبوع: «وللأصحاب».

(٢) الرقم: لأبي الحسن العبادي ولد الشيخ أبي عاصم العبادي.

تباينوا فيها تبايناً شديداً، واستحلَّ بعضهم من بعض ما تطولُ حكايته، وكان ذلك متقادماً، منه ما كان في عهد السلف إلى اليوم، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يُقتدى به، ولا من بعدهم من التابعين ردَّ شهادة أحدٍ بتأويل، وإنَّ خطأه وضلَّه، ورآه استحلَّ ما حرَّم الله تعالى عليه، فلا تردُّ شهادة أحدٍ بشيء من التأويل كان له وجهٌ يحتمله، وإنَّ بلغ فيه استحلال المال والدم. هذا نصُّه بحروفه، وفيه التصريح بما ذكرناه^(١)، وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق القرآن، ولكن قاذف عائشة رضي الله عنها كافرٌ، فلا تقبلُ شهادته. ولنا وجه: أنَّ الخطَّايَّ لا تقبلُ شهادته وإنَّ بين ما يقطع؛ لاحتمالِ اعتماده فيه قول^(٢) صاحبه. والله أعلم.

السبب الرابع: الغفلة، وكثرة الغلط، فلا^(٣) تقبلُ شهادة المغفل الذي لا يحفظ، ولا يضبط؛ فإنَّ شهد مفسراً، ويبيِّن وقت التحمُّل ومكانه، فزالت الريبة عن شهادته، قُبِلَتْ.

ولا تقبلُ شهادة مَنْ كثر غلطُه ونسيانُه، وأمَّا الغلطُ اليسيرُ، فلا يقدحُ في الشهادة؛ لأنه لا يسلم منه أحد.

قال الإمام: ومعظمُ شهاداتِ العوامِّ يشوبها جهلٌ وغرَّة، فيحوج إلى الاستفصال كما سبق في «آداب القضاء».

السبب الخامس: أنَّ يدفعَ بالشهادة عن نفسه عارَ الكذب، فإنَّ شهد فاسق، وردَّ القاضي شهادته، ثم تاب بشرط التوبة، فشهادته المستأنفة مقبولةٌ بعد ذلك، ولو أعاد تلك الشهادة التي ردَّت، لم تقبل، وقال المزنيُّ: تُقبلُ.

ولو شهد كافر، أو عبداً، أو صبيّاً، فردَّت شهادته، ثم كمل فأعادها، قُبِلَتْ؛ لعدم تهمتهم بدفع العارِ، بخلاف الفاسق؛ فإنه^(٤) كان يُخفي فسقه، والردُّ يظهره، فيسعى في دفع العار بإعادة الشهادة، فلو كان مُعلنًا بفسقه حينَ شهد، ففي قبول شهادته المُعادة بعد التوبة وجهان.

أصحُّهما عند الأكثرين: لا تُقبلُ أيضاً، وإنما يجيء الوجهان إذا أصغى القاضي

(١) في المطبوع: «ذكرنا».

(٢) في المطبوع: «لاحتمالِ اعتماده وقول».

(٣) في المطبوع: «ولا».

(٤) في المطبوع: «فإن».

إلى شهادته مع ظهور فسقه، ثم ردّها. وفي الإصغاء وجهان.

أصحُّهما، وبه قال الشيخ أبو محمد، واستحسنه الإمام: لا يصغي، كشهادة العبد والصبي.

ولو كان الكافر يستتر [١٢٦٤ / أ] بكفره، وردّت شهادته، ثم أسلم، وأعادها، لم تقبل على الأصح.

ولو ردّت شهادته؛ لعداوة، فزالت، وأعادها، لم تقبل على الأصح، ويجريان فيما لو شهد لمكاتبه بمال، أو لعبدته بنكاح، فردّت، فأعادها بعد عتقهما، وأجاب ابنُ القاصِّ - هنا - بالقبول. ويجريان فيما لو شهد اثنان من الشفّعاء بعفو شفيع ثالث قبل عفوهما، فردّت شهادتهما، ثم عفا، وأعادها، وفيما شهد اثنان لمورّثهما بجراحة غير مُندملة، فردّت، ثم أعادها^(١) بعد الاندمال.

ولو شهد فرعان على شهادة أصل، فردّت شهادتهما؛ لفسق الأصل، فقد صارت شهادةً مردودةً. فلو تاب، وشهد بنفسه، وأعاد الفرعان شهادتهما على شهادته، أو شهد على شهادته فرعان آخران، لم تقبل، ولو ردّت شهادة الفرعين؛ لفسقهما، لم تتأثّر به شهادة الأصل.

السبب السادس: الحرص على الشهادة بالمبادرة. اعلم: أن الحقوق ضربان. ضرب لا تجوز المبادرة إلى الشهادة عليه.

وضرب تجوز، وتسمّى الشهادة على هذا الثاني على وجه المبادرة شهادة حسبة، فحيث لا تجوز، فالمبادر^(٢) متهم، فلا تقبل شهادته، والمبادرة أن يشهد من غير تقدّم دعوى؛ فإن شهد بعد دعوى قبل أن يستشهد، ردّت شهادته أيضاً على الأصح؛ للثّمة، وإذا ردّذناها، ففي مصيره مجروحاً وجهان.

الأصح: لا، وبه قطع أبو عاصم، وظاهر هذا كون الخلاف في سقوط عدالته مطلقاً، ويؤيده أن القاضي أبا سعد الهروي، قال: الوجهان مبيّان على أن المبادرة من الصغائر، أم من الكبائر؟ لكن منهم من يفهم كلامه اختصاص الخلاف بردّ تلك

(١) في المطبوع: «أعادها».

(٢) المبادر: من يشهد من غير تقدّم دعوى (النجم الوهاج: ١٠ / ٣٢٤).

الشهادة وحدها إذا أعادها، فقد قال البغوي: وإذا قلنا: يصير مجروحاً، لا يشترط استبراء حاله حتى لو شهد في حادثة أخرى قبل، فأشعر كلامه باختصاص الخلاف.

فَرْع: تقبل شهادة من اختبأ^(١) وجلس في زاوية مُستخفياً^(٢)، لتحمل الشهادة، ولا تحمل على الحرص؛ لأن الحاجة قد تدعو إليه، وحكى الفوراني قولاً قديماً: أنها لا تقبل، وهو شاذ.

قال: وعلى المشهور: يستحب أن يخبر الخصم أني شهدت عليك؛ لئلا يبادر إلى تكذيبه، فيعززه القاضي.

ولو قال رجلان لثالث: توسط بيننا لتحاسب ونتصاقد، ولا^(٣) تشهد علينا بما يجري، فهذا شرط باطل، وعليه أن يشهد.

الضرب الثاني: ما تقبل فيه شهادة الحسبة^(٤)، وهو ما تمحض حقاً لله تعالى، أو كان له فيه حق متأكد لا يتأثر برضا آدمي.

فمنه: الطلاق، وأما الخلع، فأطلق البغوي المنع فيه، وقال الإمام: يقبل في الفراق دون المال، قال: ولا أبعد ثبوته تبعاً، ولا إثبات الفراق دون البينة.

ومنه: العتق، والاستيلاء دون التدبير، ويقبل في العتق بالتدبير، ولا يقبل في الكتابة، فإن أدّى النجم الأخير، شهد بالعتق.

وفي شراء القريب وجهان.

أحدهما: تقبل شهادة الحسبة فيه؛ لحق الله تعالى.

وأصحهما: لا؛ لأنهم يشهدون بالملك.

ومنه: العفو عن القصاص، والصحيح قبولها فيه.

(١) في (ظ)، والمطبوع: «احتبى» المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٣٢٥).

(٢) في (ظ)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٣٢٥)، والمطبوع: «مُحتبياً»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤).

(٣) في المطبوع: «فلا».

(٤) الحسبة: اسم من الاحتساب، وهو طلب الأجر (النجم الوهاج: ١٠ / ٣٢٥).

ومنه: الوصية والوقف إذا كانا لجهة عامة، فإن كان لجهة خاصة، فالأصح المنع، ونقله الإمام عن الجمهور؛ [١٢٦٤ / ب] لتعلقه بحفظ خاصة.

ومنه: تحريم الرضاع والنسب، وفي النسب وجه.

ومنه: بقاء العدة وانقضاؤها، وتحريم المصاهرة، وكذا الزكوات والكفارات، والبلوغ والإسلام، والكفر والحدود التي هي حقوق لله تعالى، كالزنى، وقطع الطريق، وكذا السرقة على الصحيح، لكن الأفضل في الحدود الستة.

ومنه: الإحصان والتعديل.

وأما ما هو حق آدمي، كالقصاص، وحدّ القذف، والبيع، والأقارير، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق، أخبره الشاهد حتى يدعي ويستشهد، فيشهد^(١).

وقيل: تقبل شهادة الحسبة في الدماء خاصة.

وقيل: تقبل في الأموال أيضاً.

وقيل: تقبل إن لم يعلم المستحق بالحق، والصحيح: المنع مطلقاً.

فرع: ما قبلت فيه شهادة الحسبة، هل تسمع فيه دعوى الحسبة؟ وجهان.

أحدهما: لا، وبه قطع القفال في « الفتاوى »؛ لأن الثبوت بالبينة، وهي غنية عن الدعوى.

وقال القاضي حسين: تسمع؛ لأن البينة قد لا تساعد، وقد يراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه.

فرع: شهود الحسبة يجيئون إلى القاضي، ويقولون: نشهد على فلان بكذا، فأحضره؛ لنشهد عليه، فإن ابتدؤوا، وقالوا: فلان زنى، فهم قذفة.

وفي « الفتاوى »: أنه لو جاء رجلان، وشهدا بأن فلاناً أخو فلانة من الرضاع، لم يكف، حتى يقولوا: وهو يريد أن ينكحها.

(١) في المطبوع: « فليشهد ».

وأنه لو شهد اثنان بطلاق، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم جاء آخران يشهدان بأخوة بين المتناكحين، لم تقبل هذه الشهادة؛ إذ لا فائدة لها في الحال، ولا بكونهما قد يتناكحان بعد.

وأن الشهادة على أنه أعتق عبده؛ إنما تسمع إذا كان المشهود عليه يسترقه، وهذه الصورة تفهمك أن شهادة الحسبة إنما تسمع عند الحاجة.

ولو جاء عبدان لرجل، فقالا: إن سيدنا أعتق أحدنا، وقامت بينة بما يقولان، سمعت، وإن كانت الدعوى فاسدة؛ لأن البينة على العتق مستغنية عن تقديم الدعوى.

فصل: شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة، وكذا إن عقلها على الأصح عند الأكثرين، فعلى هذا: يعتبر في الشاهد سوى الشروط الستة كونه ناطقاً، وذكر الصيبري أنه لا تقبل شهادة محجور عليه بالسفاهة، فإن كان كذلك، زاد شرط ثامن.

فصل: في أمور لا تمنع الشهادة، وفيها خلاف لبعض العلماء.

منها: شهادة البدوي على القروي، وعكسه مقبولة، وكذا شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حد فيه^(١) وفي غيره، وتقبل شهادة ولد الزنى، ويجوز أن يكون قاضياً.

فصل: في التوبة، قد سبق أن من لا تقبل شهادته لمعصية، تقبل إذا تاب، وظهر إعراضه عما كان عليه، قال الأصحاب: التوبة تنقسم إلى توبة بين العبد وبين الله تعالى، وهي التي يسقط بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر، وهي تتعلق بها عود الشهادة والولايات.

أما الأولى، فهي أن يندم على ما^(٢) فعل، ويترك فعله في الحال، ويعزم [١/١٢٦٥] أن لا يعود إليه. ثم إن كانت المعصية لا تتعلق بها حق مالي لله تعالى ولا للعباد، كقبلة الأجنبية، ومباشرتها فيما دون الفرج، فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي، كمنع الزكاة، والغصب، والجنايات في أموال الناس، وجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه؛ بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس إن

(١) كلمة: «فيه» ساقطة من المطبوع.

(٢) كلمة: «ما» ساقطة من (أ)، والمطبوع.

بقيت، ويغرمَ بدلها إن لم تَبَقْ، أو يستحلَّ المستحقُّ، فيبرئه. ويجب أن يعلم المستحقُّ إن لم يعلم به، وأن يوصله إليه إن كان غائباً إن كان غصبه منه هناك؛ فإن مات، سلَّمه إلى وارثه، فإن لم يكن له وارث^(١)، وانقطع خبره، دفعه إلى قاضٍ، تُرضى سيرته وديانته، فإن تعذر، تصدَّق به على الفقراء بنية الغرامة له إن وجدته، ذكره العبادي في « الرَّقْمِ »، والغزالي في غير كتبه الفقهية.

وإن كان مُعْسِراً، نوى الغرامة إذا قَدَرَ، فإن مات قبل القُدرة، فالمرجُو من فضل الله تعالى المغفرة.

قلت: ظواهرُ السُّنَنِ^(٢) الصحيحة، تقتضي ثبوت المطالبة بالظُلَّامة، وإن مات معسراً عاجزاً، إذا كان عاصياً بالتزامها، فأما إذا استدان في مَوْضِعٍ^(٣) يباح له الاستدانة، واستمرَّ عجزه عن الوفاء حتَّى مات، أو أنلف شيئاً خطأً، وعَجَزَ عن غرامته حتَّى مات، فالظاهر أن هذا لا مطالبة في حقه في الآخرة؛ إذ لا معصية منه، والمرجُو أنَّ الله تعالى يعوِّض صاحب الحق، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول « كتاب النكاح ».

وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سَرَفٍ إذا كان يرجو الوفاء من جهة، أو سَبَبٍ ظاهرٍ. والله أعلم.

وإن تعلق بالمعصية حقٌ ليس بماليٍّ؛ فإن كان حَدًّا لله [تعالى]؛ بأن زنى، أو شرب، فإن لم يظهر عليه، فله أن يظهره، ويُقرَّ به؛ ليقام عليه الحدُّ، ويجوز أن يستر على نفسه، وهو الأفضل، فإن ظهر، فقد فات السُّرُّ، فيأتي الإمام؛ ليقيم عليه الحدُّ، قال ابنُ الصَّبَّاح: إلَّا إذا تقادَم عليه العهد، وقلنا: يسقط الحدُّ.

وإن كان حقًّا للعباد، كالقصاص، وحَدُّ القذف، فيأتي المستحقُّ، ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحقُّ، وجب في القصاص أن يعلمه، فيقول: أنا الذي قتلتُ أباك، ولزمني القصاصُ؛ فإن شئت، فاقصص، وإن شئت فاغف.

(١) في (ظ): « فإن لم يكن وارثاً ».

(٢) في (أ): « السنة ».

(٣) في المطبوع: « مواضع ».

وفي حَدِّ القذف سبقَ في « كتاب اللعان »^(١) خلافٌ في وجوبِ إعلامِهِ، وقطع العَبَادِيَّ، وغيرُهُ هنا: بأنه يجب إعلامُهُ، كالقصاص.

وأَمَّا الغيبة إذا لم تبلغِ المغتابَ، فرأيتُ في « فتاوى الحنَّاطِي » أنه يكفيهِ الندمُ والاستغفارُ، وإن بلغَتْهُ، أو طردَ طاردَ قياسَ القصاص والقذف فيها، فالطريقُ أن يأتي المغتابَ، ويستحلَّ منه، فإن تعدَّرَ لموتِهِ، أو تعرَّسَ لغيبته البعيدة، استغفرَ اللهُ تعالى، ولا اعتبارَ بتحليلِ الورثة، هكذا ذكره الحنَّاطِي، وغيرُهُ.

قال العَبَادِيَّ: والحسدُ كالغيبة، وهو أن يهوى زوالَ نعمة الغير، ويُسرَّ ببليته، فيأتي المحسودَ ويخبره بما أضمره، ويستحلَّه، ويسألُ اللهُ تعالى أن يزيلَ عنه هذه الخصلة. وفي وجوب الإخبار عن مجرَّد الإضرار بُعْدُ^(٢).

قلتُ: المختارُ [١٢٦٥ / ب] ؛ بل الصوابُ أنه لا يجبُ إخبارُ المحسودِ؛ بل لا يستحبُّ، ولو قيل: يكرهُ لم يبعدُ. وهل يكفي الاستحلالُ من الغيبة المجهولة، أم يشترطُ معرفتها للعافي؟ فيه وجهان^(٣) سبقا في « كتاب الصلح ». والله أعلم.

فَزَعُ: لو قَصَرَ فيما عليه من دينٍ، ومَظْلَمَةٌ، وماتَ المستحقُّ، واستحقَّه وارثٌ بعد وارثٍ، [ثم مات] ولم يوفَّهم، فَمَنْ يستحقُّ المطالبة به في الآخرة؟ فيه أوجه. أرجحُها، وبه أفتى الحنَّاطِي: أنه صاحبُ الحقِّ أولاً.

والثاني: أنه آخرُ مَنْ مات مِنْ ورثتِهِ، أو ورثة ورثتِهِ وإن نزلوا.

والثالث، ذكره العَبَادِيَّ في « الرِّقْم »: أنه يكتبُ الأجر لكلِّ وارث مدة حياته، ثم بعده لمن بعده.

ولو دفع إلى بعض الوارثين عند انتهاء الاستحقاقِ إليه، خرجَ عن مَظْلَمَةٍ الجميع فيما سَوَّفَ، وماطلَ^(٤).

(١) في المطبوع: « كتب ».

(٢) في المطبوع: « بعيد ».

(٣) قال الدِّمِيرِي في (النجم الوهاج: ١٠ / ٣٣٤): « وَرَجَّحَ في الأذكار ص (٤٤٠) الاشتراط؛ لأن الإنسان قد يسمح بالعفو من غير بيان غيبة دون ما إذا كانت معينة، وكلام الحلبي يقتضي الجزم بالأول ».

(٤) في المطبوع: « ومطل ».

وأما التوبة في الظاهر، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية.

أما الفعلية، كالزنى، والسرقة، والشرب، فإظهار التوبة منها لا يكفي في قبول الشهادة، وعود الولاية؛ بل يختبر مدة يغلب على الظن فيها أنه قد أصلح عمله وسيرته، وأنه صادق في توبته، وفي تقدير هذه المدة أوجه.

الأكثر: أنها سنة.

والثاني: ستة أشهر، ونسبوه إلى النص.

والثالث: لا يتقدر بمدة، إنما المعتبر حصول غلبة الظن بصدقه، ويختلف ذلك بالأشخاص، وأمارات الصدق، وهذا اختيار الإمام، والعبادي، والغزالي.

وأما القولية، فمنها القذف، ويشترط في التوبة منه القول، كما أن التوبة من الردة بكلمتي الشهادة. قال الشافعي رحمه الله: التوبة منه إكذابه نفسه، فأخذ الإصطخري بظاهره، وشرط أن يقول: كذبت فيما قذفت، ولا أعود إلى مثله. وقال الجمهور: لا يكلف أن يقول: كذبت، فربما كان صادقاً، فكيف نأمره بالكذب؟ ! ولكن يقول: القذف باطل، وأنا^(١) نادم على ما فعلت، ولا أعود إليه، أو يقول: ما كنت مُحققاً في قذفي، وقد ثبت منه، ونحو ذلك. وسواء في هذا القذف على سبيل السب والإيذاء، والقذف على صورة الشهادة إذا لم يتم عدد الشهود، إن قلنا بوجوب الحد على من شهد، فإن لم نوجب، فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة. ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب كونه عند القاضي.

ثم إذا تاب بالقول، فهل يستبرئ المدة المذكورة إذا كان عدلاً قبل القذف؟ ينظر: إن كان القذف على صورة الشهادة لم يشترط على المذهب، وإن كان قذف سب وإيذاء، اشترط على المذهب.

واعلم: أن اشتراط التوبة بالقول في القذف مُشكّل، وإلحاقه بالردة ضعيف؛ فإن اشتراط كلمتي الشهادة مطرد في الردة القولية والفعلية؛ كإلقاء المصحف في القاذورات.

ثم مقتضى ما ذكره في القذف أن يشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي

القولية، كشهادة الزور، والغيبة، والنميمة، وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور، فقال: التوبة منها أن يقول: كذبت فيما فعلت، ولا أعود إلى مثله^(١).

فروع: لو قذف، وأتى بيينة على زنى المقدوف، فوجهان، حكاها الإمام^(٢).
أحدهما: لا تقبل شهادته؛ لأنه ليس [١ / ١٢٦٦] له أن يقذف، ثم يقيم البينة؛ بل كان ينبغي أن يجيء مجيء الشهود.

والصحيح: القبول؛ لأن صدقه قد تحقق بالبينة، وكذا الحكم لو اعترف المقدوف، وكذا لو قذف زوجته ولاعن. وسواء في رد الشهادة، وكيفيّة التوبة قذف مُحْصَنًا، أو غيره حتّى لو قذف عَبْدَ نَفْسِهِ، رُدَّتْ شهادته، ويكفي تحريم القذف سبباً للرد. وشاهد الزور يستبرئ، كسائر الفسقة، فإذا ظهر صلاحه، قُبِلَتْ شهادته في غير تلك الواقعة، ومن غلط في شهادة لا يشترط استبراؤه، وتقبل شهادته في غير واقعة الغلط، ولا تقبل فيها.

قلت: التوبة من أصول الإسلام المهمة، وقواعد الدين، وأول منازل السالكين، قال الله تعالى: ﴿وَتُوبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ الْمُؤْمِنُونَ﴾ [النور: ٣١] فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق، وقد تقدّمت صفتها.
وتصحّ التوبة من ذنب وإن كان مُلَابِسًا ذَنْبًا آخَرَ، مُصِرًّا عَلَيْهِ.

ولو تاب من ذنب، ثم فعله مرة أخرى، لم تَبْطُلِ التوبة؛ بل هو مطالب بالذنب الثاني دون الأول ولو تكرّرت التوبة، ومعاودة الذنب، صحّت، وهذا مذهب أهل^(٣) الحق في المسلمين خلافاً للمعتزلة.

قال إمام الحرمين في «الإرشاد»: والقتل الموجب للقود تصحّ التوبة منه قبل تسليم القاتل نفسه؛ ليقصّر منه، فإذا ندم، صحّت توبته في حقّ الله تعالى، وكان منعه القصاص من مستحقّه معصية مجددة، ولا يقدح في التوبة؛ بل يقتضي توبة منها.

(١) انظر: (المهذب: ٥ / ٦٢٥).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠٦).

(٣) كلمة: «أهل» ساقطة من المطبوع.

وَمَنْ تَابَ عَنْ مَعْصِيَةٍ، ثُمَّ ذَكَرَهَا، قَالَ الْإِمَامُ الْقَاضِي أَبُو بَكْرِ بْنُ الْبَاقِلَانِي ^(١) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَجِبُ عَلَيْهِ تَجْدِيدُ النَّدَمِ عَلَيْهَا كُلَّمَا ذَكَرَهَا؛ إِذْ لَوْ لَمْ يَنْدَمْ، لَكَانَ مُسْتَهِينًا بِهَا، وَذَلِكَ يَنَافِي النَّدَمَ. وَاخْتَارَ إِمَامُ الْحَرَمِينَ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَلَا يُلْزَمُ مِنْ ذِكْرِهَا بَلَا نَدَمٍ الْإِسْتِهَانَةُ؛ بَلْ قَدْ يَذْكُرُ، وَيَعْرِضُ عَنْهَا.

قال القاضي: وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة، والتوبة الأولى صحيحة؛ لأن العادة الماضية لا ينقضها شيء بعد فراغها.

قال: فيجب تجديد توبة عن تلك المعصية، وتجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بوجوبها.

قال الإمام: وإذا أسلم الكافر، فليس إسلامه توبة عن كفره، وإنما توبته ندمه على كفره، ولا يتصور أن يؤمن ولا يندم على كفره؛ بل تجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان، والندم على الكفر بالإجماع، هذا مقطوع، وما سواه من ضروب التوبة، فقبوله مظنون، غير مقطوع به.

وقد أجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم، وتاب عن كفره، صحَّت توبته، وإن استدام معاصي آخر، هذا كلام الإمام، وهذا الذي قاله إنَّ القبول مظنون هو الصحيح.

وقال جماعة من متكلمي أصحابنا: هو مقطوع. والله أعلم.

فصل: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان له أنهما كانا عبيدين، أو كافرين، أو صبيين، أو امرأتين، نقض حكمه؛ لأنه يقرن الخطأ، كما لو حكم باجتهاده، فوجد النص خلافه، ولو بان ذلك لقاضٍ آخر نقضه أيضاً.

(١) هو محمد بن الطيب المعروف بـ ابن الباقلاني. إمام، علامة، ثقة، بارع، مجدد. ولد في البصرة سنة (٣٣٨ هـ). قال عنه القاضي عياض: هو الملقب بـ: « سيف السنة، ولسان الأمة »، المتكلم على لسان أهل الحديث، وطريق أبي الحسن الأشعري، وإليه انتهت رئاسة المالكية في وقته، مات سنة (٤٠٣ هـ) وصنف في الرد على الرافضة والمعتزلة والخوارج والجهمية والكرامية. من تصانيفه: « الإنصاف فيما يجب اعتقاده ولا يجوز الجهل به »، و« كشف أسرار الباطنية »، و« التمهيد في الرد على الملحدة والمعتلة والخوارج والمعتزلة ». انظر ترجمته في (صفحات مشرقة من تاريخ أعلام الأمة للمحقق ص: ٥٠٠ - ٥٠٣)، وهذا العلم لم يترجمه العلامة النووي في « تهذيب الأسماء واللغات »، وهو من شرطه.

فإن قيل: قد اختلف العلماء في شهادة العبد، فكيف نقض الحكم في محل الاختلاف^(١) والاجتهاد؟ فالجواب أن [١٢٦٦ / ب] الصورة مفروضة فيمن لا يعتد بالحكم بشهادة العبد وحكم بشهادة من ظنهما حرين، ولا اعتداد بمثل هذا الحكم، ولأنه حكم يخالف القياس الجلي؛ لأن العبد ناقص في الولايات، وسائر الأحكام، فكذا الشهادة.

وإن بان أنه حكم بشهادة فاسقين، نقض حكمه على الأظهر، وقيل: قطعاً. ولو شهد عدلان، ثم فسقاً قبل أن نحكم بشهادتهما، لم نحكم بها قطعاً؛ لأن الفسق يخفى غالباً، فربما كانا فاسقين عند الشهادة. ولو ارتدّا قبل الحكم، لم يحكم على الصحيح؛ لأنها توقع ريبة، وقيل: لا يؤثر حدوثها بعد شهادتهما^(٢).

وقال الداركي: إن ارتدّا إلى كفر يستسر أهل به، فكالفسق، وإلا فلا يؤثر. ولو شهدا في حد، أو مال، ثم ماتا، أو جُنّا، أو عَمِيّا، أو خرسا، لم يَمْنَع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما؛ لأنها لا توهم ريبة فيما مضى. ويجوز وقوع التعديل بعد حدوثها. ولو فسق الشاهدان، أو ارتدّا بعد الحكم بشهادتهما، وقبل الاستيفاء، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم، وقبل الاستيفاء، وفيه خلاف وتفصيل سنذكره في باب إن شاء الله تعالى، والمذهب أنه لا يؤثر في المال؛ بل يستوفى.

فَرْعٌ^(٣): قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين: قد بان لي أنهما كانا فاسقين، ولم تظهر بيّنة بفسقهما، قال الغزالي في «الفتاوى»: إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك أيضاً.

قال: ولو قال: أكرهني السلطان على الحكم بقولهما، وكنت أعرف فسقهما، قُبِلَ قوله من غير بيّنة الإكراه.

ولو بان بالبيّنة أن الشاهدين كانا والدين للمشهود له، أو ولدين، أو عدوين للمشهود عليه، نقض الحكم. وبالله التوفيق.



(١) في (أ): «الخلاف».

(٢) في (أ): «سماهما» بدل: «شهادتهما».

(٣) في (أ): «فروع».

الباب الثاني في العدَدِ والذِّكُورَةِ

قولُ الشاهدِ الواحدِ لا يكفي الحكمُ به إلا في هلالِ رمضانَ على الأظهرِ، وأمَّا القضاءُ بشاهدٍ ويمينٍ، وإن قلنا على وجه: إنَّ القضاءَ بالشاهد، فليس فيه اكتفاءٌ بشاهدٍ؛ بل يشترطُ معه اليمينُ.

ثم الشهاداتُ ثلاثةٌ أُضْرِبُ:

الأول: الشهادة على الزَّنى، فلا تثبتُ إلا بأربعة رجالٍ، وتثبت الشهادة على الإقرار بالزَّنى برجلين على الأظهر، وفي قول: يشترطُ أربعةٌ.

ولا يثبت اللواطُ، وإتيانُ البهيمةِ إلا بأربعة على المذهب، ويثبت القذفُ بشاهدين على المشهور، ونقل أبو عاصم قولاً غريباً^(١) في اشتراط أربعةٍ.

فَرَعٌ: سَبَقَ في السرقة أنه يشترطُ في الشهادة على الزَّنى أن يذكرُوا التي زنى بها، وأن يذكرُوا الزَّنى مفسراً، فيقولون: رأينا^(٢) أدخل ذكره، أو قَدَرَ الحَشْفَةَ منه في فَرْجِ فلانةٍ على سبيل الزَّنى. ولا يكفي إطلاقُ^(٣) الزَّنى، فقد يظنون المُفَاخَذَةَ زِنَى، وقد تكونُ الموطوءةُ جاريةً ابنه، أو مشتركةً بينه وبين غيره، بخلاف ما لو ادَّعت وطءَ شُبْهة، وطلبتِ المهرَ؛ فإنه يكفي الشهادة على الوطء. ولا يشترطُ قولهم: رأينا ذلك منه في ذلك منها؛ لأن المقصودَ هناك المألَّ، فلم يلزم هذا الاحتياط.

(١) في المطبوع: « قريبا »، تحريف.

(٢) في المطبوع: « رأينا ».

(٣) في المطبوع: « إطلاقه ».

وقد وقع في كلام الغزالي، وغيره: أن الشاهد يقول: رأينا ذكره في فرجها كالمِرْوَد في المُكْحَلَة، وهذا التشبيه زيادةً بيان، وليس بشرط، صرح به القاضي أبو سَعْد^(١).

فَرَع: هل يجوز [١٢٦٧ / أ] النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنى، أو ولادة، أو عيب باطن، أم لا، وإنما يشهد عليها^(٢) عند وقوع النظر إليه اتفاقاً؟ فيه أوجه، سبقت في أول « النكاح »: الأصح المنصوص: الجواز.

والثاني: المنع.

والثالث: المنع في الزنى دون غيره.

والرابع: عكسه.

الضَرْبُ الثاني: ما ليس بمال، ولا يقصد منه مال:

فإن كان عقوبة، لم تثبت إلاً برجلين، سواء فيه حقُّ الله تعالى، كحدِّ الشرب، وقطع الطريق، وقتل الرِّدَّة، وحقُّ العباد، كالقصاص في النفس، أو الطَّرْف، وحدِّ القذف. والتعزير كالحدِّ، ولا مدخل لشهادة النساء فيها.

وإن كان غير عقوبة، فهو نوعان.

أحدهما: يطلُّ عليه الرجال غالباً، فلا يقبل فيه إلاً رجلان، وذلك كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعِتَاق، والإسلام، والرِّدَّة، والبلوغ، والإيلاء، والظهار، والإعسار، والموت، والخُلْع من جانب المرأة، والولاء، وانقضاء العِدَّة، وجرح الشهود، وتعديلهم، والعفو عن القصاص، والإحصان، والكفالة، والشهادة برؤية هلال غير رمضان، والشهادة على الشهادة، والقضاء، والولاية إن اشترطنا فيهما الشهادة، والتدبير، والاستيلاء، وكذا الكتابة على الصحيح، وقيل: تثبت الكتابة برجل وامرأتين.

ومنه: الوكالة، والوصاية وإن كانتا من المال؛ لأنهما ولاية وسلطنة.

(١) هو الهروي.

(٢) في المطبوع: « عليه ».

ومنه: الفِرَاضُ، وكذا الشركة على الأصح، وقيل: تثبت برجل وامرأتين.

النوع الثاني: ما لا يطلع عليه الرجال، وتختص النساء بمعرفته غالباً، فيقبل فيه شهادتهنَّ منفرداتٍ، وذلك كالولادة، والبكارة، والثيابة، والرتق، والقرن، والحِص، والرضاع، وعيب المرأة من برص، وغيره تحت الإزار، حُرَّة كانت أو أمةً، وكذا استهلال الولد على المشهور، فكلُّ هذا النوع لا يقبل فيه إلا أربع نسوة أو رجلين، أو رجل وامرأتين.

قال البغوي^(١): والعيب في وجه الحرَّة وكفَّيها لا يثبت إلا برجلين، وفي وجه الأمة وما يبدو منها في^(٢) المهنة يثبت برجل وامرأتين؛ لأن المقصود منه المال.

قال: والجراحة على فرج المرأة لا تُلحق بالعيب؛ لأن جنس الجراحة ممَّا يطلع عليه الرجل غالباً، هكذا قاله، لكن جنس العيب ممَّا يطلع عليه الرجال غالباً، لكن لا يطلعون على العيب الخاص، وكذا هذه الجراحة.

قلت: الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا، وتعلق بمجرد الاسم. والله أعلم.

الضرب الثالث: ما هو مال، أو المقصود منه مال، كالأعيان والدُّيون، والعقود المالية، فيثبت برجلين، وبرجل وامرأتين، ولا يثبت بنسوة منفرداتٍ، فمن هذا الضرب: البيع، والإقالة، والإجارة، والردُّ بالعيب، والحوالة، والضمان، والصلح، والقرض، والشفعة، والمساابقة، وخيول^(٣) المسابقة، والغصب، والإيلاء، والوصية بمال، والمهر في النكاح، ووطء الشبهة، والجنايات التي لا توجب إلا المال، كقتل الخطأ، وقتل الصبي والمجنون، وقتل الحرِّ العبد، والمسلم الذمي، والوالد [١٢٦٧ / ب] الولد، والسرقة التي لا قطع فيها، وكذا حقوق الأموال، والعقود، كالخيار، وشرط الرهن، والأجل، وفي الأجل وجه؛ لأنه ضرب سلطنة.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢١٩).

(٢) في (أ)، و(فتح العزيز: ١٣ / ٤٩): «عند».

(٣) كذا في الأصول الخطية وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥١). وجاء في حاشية الأخير: «كذا، وفي بعض نسخ الشرح. وقال في القوت: الصواب: حصول كما أورده الرافعي؛ أي: في بعض النسخ الصحيحة، وأطال في ذلك تبعاً للمهمات».

ومنه: قبضُ الأموال، منها نجومُ الكتابة، وفي النجمِ الأخير وجهٌ ضعيفٌ أنه يشترطُ له رجلان؛ لتعلقِ العتقِ به.

ومنه: الرهنُ والإبراءُ على الصحيحِ فيهما.

ومنه: طاعةُ الزوجة لاستحقاقِ النفقة، وقتلُ الكافر لاستحقاقِ السَّلب، وإِدْمان^(١) الصيد، لتملُّكه، وعَجْزُ المكاتبِ عن النجوم.

ومنه: الوقفُ، وفي ثبوتهِ برجلٍ وامرأتين ما سنذكره في الباب الرابع إن شاء اللهُ تعالى في ثبوته بشاهدٍ ويمين.

ولو مات سيدُ المدبرِ، فادَّعى الوارثُ أنه كان رجَعَ عن التدبير، وقلنا: يجوزُ الرجوعُ، ثبتَ برجلٍ وامرأتين.

ولو ادَّعى رَقَّ شخص، أو ادَّعى جاريةً في يد غيره أنها أُمُّ ولد، ثبتَ برجلٍ وامرأتين.

ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال الزوجُ: طَلَقْتُكِ على كذا، وقالت: بل معجَّناً، ثبت^(٢) دعواه برجلٍ وامرأتين. وكذا لو قال لعبده: أَعْتَقْتُكَ بكذا، فقال: بل^(٣) مجاناً.

ولو توافقا على النكاح، واختلفا في قَدْرِ المهرِ، أو صِفَتِهِ، أو على الخلع، واختلفا في قَدْرِ العِوضِ، أو صِفَتِهِ، ثبتَ برجلٍ وامرأتين. وكذا لو توافقَ السيدُ والعبدُ على الكتابة، واختلفا في قَدْرِ النُّجومِ، أو صِفَتِهَا. والإقرارُ بكلِّ ما يثبتُ برجلين يثبتُ برجلٍ وامرأتين، وفسخُ العقودِ الماليَّةِ يثبتُ برجلٍ وامرأتين، وفسخُ الطلاق لا يثبتُ إلاَّ برجلين.

فَرَعٌ: الخُشْيُ المُشْكِلُ، كالمرأة في الشهادة.

فَرَعٌ: لو شهدَ بالسرقة رجلٌ وامرأتان، ثبتَ المالُ، وإن لم يثبتِ القطعُ، وحُكي قولٌ: أنه لا يثبتُ المال، كما لو شهدَ بقتلِ العمدِ رجلٌ وامرأتان؛ فإنه لا يثبتُ الدية كما لا يثبتُ القصاص، والمشهورُ: الأولُ.

(١) في (أ): « وأزمان ».

(٢) في المطبوع: « تثبت ».

(٣) كلمة: « بل » ساقطة من المطبوع.

ولو شهد رجلٌ وامرأتانِ على صَدَاقٍ في نكاح، ثبت الصداق؛ لأنه المقصودُ.

ولو علّق طلاقَ امرأته، أو عَتَقَ عبده على الولادة، فشهدَ بالولادة أربعَ نسوةٍ ثبتت الولادةُ دون الطلاق والعِتق، وكذا لو علّقهما على الغَضَب والإِتلاف، فشهدَ بهما رجلٌ وامرأتانِ ثبتَ الغضبُ والإِتلافُ، ولا يقعُ الطلاقُ والعِتقُ، كما سبق في «كتاب الصوم» أنا إذا أثبتنا هلالَ رمضانَ بَعْدَ، لا يحكمُ بوقوع الطلاق والعِتقِ المعلقينَ بـرمضانَ، ولا بحلولِ الدِّينِ المؤجَّلِ به. هذا إذا تقدَّم التعليقُ، فلو ثبتَ الغضبُ أولاً برجل وامرأتينِ، وحكمَ الحاكمُ به، ثم جرى التعليقُ، فقال لها: إن كنتِ غصبتِ، فأنتِ طالق، وقد ثبتَ غصبها برجل وامرأتينِ وقعَ الطلاقُ، هكذا قاله ابنُ سُرَيجَ وجمهورُ الأصحاب، وقياسه أن يكونَ الحكمُ هكذا في التعليقِ بـرمضانَ.

وحكى الإمامُ عن حِكَايةِ شيخه^(١) وجهاً: أنه لا يقعُ.

فَصْلٌ: إذا ادَّعى على إنسانَ مالاً، وشهدَ له به اثنانِ، نُظِرَ:

إن كان عَيَناً وطلبَ المدَّعي الحيلولةَ بينهما وبين المدَّعى عليه إلى أن يُزَكَّى الشاهدانِ، أُجِيبَ إليه على الأصحِّ، وقيل: لا يجابُ، وقيل: يجابُ [١٢٦٨ / أ] إن كان المالُ مِمَّا يخافُ تلفه أو تعيُّبه، وإن كان عقاراً ونحوه، فلا. وإن كان المدَّعى ديناً، لم يستوفِ قبلَ التزكية، وقيل: يُستوفى ويوقَف، حكاها ابنُ القَطَّانِ، والصحيحُ: الأولُ، فلو طلبَ المدَّعي أن يحجرَ على المدَّعى عليه، نقل الإمامُ عن الجمهور: أنه لا يجيئه، وعن القاضي حُسين: أنه إن كان يَتَّهمه بحيلةٍ حَجَرَ عليه؛ لأنَّه يضيعُ ماله بالتصرُّفات والأقارير، ولم يتعرَّضَ عامةُ الأصحابِ للحَجْرِ، لكن قالوا: هل يحبسُ المدَّعى عليه إذا كان المدَّعى ديناً، فيه وجهان، قال البغويُّ: أصحُّهما: نَعَمْ، فإن قلنا: لا، فللمدَّعي ملازمتهُ إلى أن يعطيه كفيلاً وأجرةً مَنْ يبعثه القاضي معهما للتكفيل على المدَّعي.

وإن كان المدَّعى قِصاصاً، أو حَدَّ قذفٍ، حبسَ المشهود عليه؛ لأن الحقَّ متعلِّقٌ ببدنه، فيحتاطُ له.

قلتُ: قال البغويُّ: سواءً قذفَ زوجته، أو أجنياً. والله أعلمُ.

(١) الإمام: هو أبو المعالي الجويني، وشيخه: هو والده أبو محمد الجويني.

ولا يحبسُ في حدودِ الله تعالى، وأمّا في دعوى النكاح، فتعزل^(١) المرأة عند امرأَةٍ ثقة، وتمنعُ من الانتشار والخروج، وفيه وجه ضعيف، فعلى هذا الوجه: هل يؤخذُ منها كفيلاً؟ وجهان، قال القاضي أبو سعدٍ: فإن كانت المرأة مزوّجةً، لم يمنع منها زوجها قبل التعديل؛ لأنه ليس مُدَّعى عليه.

ولو شهد اثنان لعبد بأن سيده أعتقه، وطلب العبدُ الحيلولةَ قبلَ التزكية، أجابه^(٢) القاضي، وحالَ بينه وبين سيده، ويؤجره، وينفقُ عليه، فما فَضَلَ، فموقوفٌ بينه وبين السيد، فإن لم يكن له كسبٌ، أنفقَ عليه من بيت المال، ثم يرجعُ على سيده إن بَانَ جَرَحُ الشهود، واستمرَّ الرقُّ، وكذا الأعيانُ المنتزعةُ يؤجرها، وهل تتوقف الحيلولة على طلبِ العبدِ؟ وجهان.

الأصح: لا؛ بل إذا رأى الحاكمُ الحيلولة، فعَلَهَا، وفي الأَمَةِ تتَحَتَّمُ الحيلولة؛ احتياطاً للبُضْع. وكذا لو ادَّعتِ المرأةُ الطلاق، وأقامتْ شاهدين، فَرَّقَ الحاكمُ بينهما قبل التزكية، والوجهان في اشتراط طلب [العبد] للحيلولة جاريان في انتزاع العين المدَّعاة، ويقربُ منها وجهان، حكاهما ابنُ كَجٍّ في أن إجارة العبدِ هل تفتقرُ إلى طلبِ السيد أو العبدِ، أم يؤجره بغير طلبهما؟ والثاني أقربُ إلى ظاهر النصِّ، هذا كُلُّهُ إذا أقامَ المدَّعي شاهدين، فلو أقام شاهداً، وطلبَ الانتزاعَ قبلَ أن يأتيَ بآخر، هل [يجابُ]؟ قولان.

أظهرهما عند الجمهور: لا؛ لأن الشاهدَ وحده ليس بحجَّة، وفي الشاهدين تَمَّتِ الحُجَّةُ، وهل يحبسُ المدَّعى عليه في القِصاص والقذفِ بشاهدٍ؟ فيه القولان، ويجري فيه الخلافُ في دعوى النكاح تعديلاً، ثم تكفيلاً إن لم يعدل، وفي دعوى العتق والطلاق هل يُحالُ؟ فيه القولان.

ثم ذكر العراقيون، والرُّوْيَانِيُّ: أن الحيلولةَ والحبسَ قبلَ التعديل يتعيَّنَانِ إلى ظهور الأمرِ للقاضي بالتزكية أو الجرح، ولا تقدر [له] مدة، والحيلولةُ والحبسُ بشاهد إذا قلنا به لا يُزادَانِ على ثلاثة أيام. وعن أبي إسحاق: أنه لا حيلولة،

(١) في الأصول الخطية: « فتعدل »، المثبت من (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤).

(٢) في المطبوع: « أَجَلْهُ »، تحريف.

ولا حبسَ [١٢٦٨ / ب] إذا كان الشاهد الآخر غائباً لا يحضر إلا بعد ثلاثة أيام، وإنما محلّ القولين إذا كان قريباً، والمذهب ما سبق.

فَرَعٌ: قال البغوي^(١): إذا حال القاضي بين العبد وسيدِهِ، أو انتزع العين المدّعة بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية، لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه، لكن لو أقرّ أحدهما بالموقوف لآخر، أو أوصى به، أو دبرّه، أو اعتقه، انتظرنا ما يستقرّ عليه الأمر آخراً.

وحكى القاضي أبو سعيد وجهين في نفوذ تصرفه، وصوّره فيما إذا حَجَرَ القاضي على المشهود عليه في المشهود به؛ فإن أراد بالحجر الحيلولة، حصل الخلاف، وإن أراد التلقّظ بالحجر أشعر ذلك باشتراط الحجر القولي في امتناع التصرف.

قال: وإذا قامت البيّنة، وحصل التعديل، والقاضي ينظر في وجه الحكم، فينبغي أن يحجر عليه في مدة النظر، فإن حَجَرَ لم ينفذ تصرفه.

قال البغوي^(٢): وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفذ تصرف المدّعي، وينفذ تصرف المدّعى عليه، إن قلنا: إن طلب المدّعي شرطاً في الوقف، وإلا فوجهان.

فَرَعٌ: الثمرة والغلة الحادثان بعد شهادة الشاهدين وقبل التعديل تكون للمدّعي، وبين شهادة الشاهد^(٣) الأول والثاني^(٤) لا يكون للمدّعي إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة الأول^(٥) أو بما قبله، فإن استخدم السيد العبد المدّعي للعتق بين شهادة الأول والثاني على قولنا: لا يحال بينهما، وشهد الثاني هكذا، لزمه أجره المثل. وبالله التوفيق.

﴿ ١ ﴾ ﴿ ٢ ﴾ ﴿ ٣ ﴾

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣١٣).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣١٤).

(٣) كلمة: « الشاهد » ليست في المطبوع.

(٤) في المطبوع: « وشهادة الثاني » بدل: « والثاني ».

(٥) في المطبوع زيادة: « أولاً ».

الباب الثالث

في مُسْتَنَدِ عِلْمِ الشَّاهِدِ

وَحُكْمِ تَحْمُلِ الشَّهَادَةِ وَأَدَائِهَا

فيه ثلاثة أطراف :

الأول: فيما يحتاج إلى الإبصار، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين، لكن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين، وجوزت الشهادة بناء على ذلك الظن، كما سيأتي، إن شاء الله تعالى، وقد قسم الشافعي والأصحاب رحمهم الله المشهود به ثلاثة أقسام.

أحدها: ما يكفي فيه السماع، ولا يحتاج إلى الإبصار، وموضع بيانه الطرف الثاني.

الثاني: ما يكفي فيه الإبصار، وهو الأفعال، كالزنى، والشرب، والغصب، والإتلاف، والولادة، والرضاع، والاصطياد، والإحياء، وكون المال في يد الشخص، فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها، ولا^(١) يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير، وتقبل فيها شهادة الأصم.

الثالث: ما يحتاج إلى السمع والبصر معاً، كالأقوال، فلا بُدَّ من سماعها، ومُشاهدة قائلها، وذلك: كالنكاح، والطلاق، والبيع، وجميع العقود، والفُسُوخ، والإقرار بها، فلا يقبل فيها شهادة الأصم الذي لا يسمع شيئاً، ولا تقبل شهادة

(١) في المطبوع: « فلا ».

الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، ولا يصحُّ منه التحمُّل؛ اعتماداً على الصوت؛ فإنَّ الأصوات تشابه، ويتطرق [١٢٦٩ / ١] إليها التَّخِيل^(١) والتَّلْبِيس، مع أنه لا ضرورة إلى شهادته؛ للاستغناء بالبُصْرَاءِ، بخلاف الوطء؛ فإنَّ له أن يَطَأَ زوجته؛ اعتماداً على صوتها بالإجماع للضرورة، ولأنَّ الوطء يجوزُ بالظنِّ، ولا تقبلُ شهادتهُ على زوجته التي يَطَأُها، كما لا تقبلُ على الأجانب؛ لأن الوطء ضرورة، وقد سبقَ وجهه: أن العمى لا يقدِّح في القضاء، وهو مع ضَعْفه جارٍ في الشهادة، والصواب: المنع، ويُستثنى عن هذا صورة الضُّبْطَةِ^(٢)، وهي: أن يضعَ رجلٌ فمه على أذنه، ويد الأعمى على رأسه، فيتيقَّن أنه^(٣) سمعه يُقرُّ بطلاق، أو عتق، أو لرجلٍ معروفٍ الاسم والنسبِ بمالٍ، ويتعلَّق به الأعمى، ولا يزال يضبطه حتَّى يشهد بما سمعَ منه عند القاضي، فتقبل هذه الشهادة على الصحيح؛ لحصول^(٤) العلم، وقيل: لا تقبل؛ سدّاً للباب مع عُسرِ ذلك.

وتقبل رواية الأعمى ما سمعه حالَ العمى على الصحيح، وبه قطع الجمهور إذا حصل الظنُّ الغالبُ بضبطه، واختار الإمام^(٥) المنع، فأما ما سمعه قبل العمى، فتقبل روايته في العمى بلا خلاف.

ولو تحمَّل شهادةً تحتاج إلى البصر، وهو بصير، ثم عمي، نُظِرَ:

إن تحمَّلَ على رجلٍ معروفٍ الاسم والنسبِ يُقرُّ لرجلٍ بهذه الصفة، فله أن يشهد بعدما عمي، وتقبل لحصول العلم، وكذا لو عميَ ويَدُ المُقرِّ في يده، فشهد عليه لمعروفٍ الاسم والنسبِ. وإن لم يكن كذلك، لم تقبل شهادتهُ، ويجوزُ الاعتماد على ترجمة الأعمى على الأصح.

ولو عمي القاضي بعد سَماعِ البَيِّنَةِ وتعديلها، ففي نُفوذِ قضائه في تلك الواقعة وجهان.

(١) في (أ): «التخيل».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧): «الضُّبْطُ»، والمضبوط: الإنسان الذي أمسك آخره، وأحكم قبضته على أطرافه، بحيث لا يستطيع انفكاكاً ولا حراكاً حاشية نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٥).

(٣) في المطبوع: «فينظر إن» بدل: «فيتيقَّن أنه».

(٤) في (ظ): «بحصول».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٦).

أحدهما: لا ؛ لانزاله بالعمى، كما لو انزل بسبب آخر.

وأصحهما: نعم، إن لم يحتج إلى الإشارة، كما لو تحمل الشهادة وهو بصير، ثم عمي.

وأما شهادة الأعمى فيما يثبت بالاستفاضة، فسيأتي في الطرف الثاني، إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا شاهد فعل إنسان، أو سمع قوله؛ فإن كان يعرفه بعينه، واسمه ونسبه، شهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه، وعند غيبته وموته باسمه ونسبه، فإن كان يعرفه باسمه واسم أبيه دون جدّه، قال الغزالي: يقتصر عليه في الشهادة، فإن عرفه القاضي بذلك، جاز، وكان يحتمل أن يقال: هذه شهادة على مجهول، فلا تصح، كما سبق في القضاء على الغائب أن القاضي لو لم يكتب إلا أني حكمت على محمد بن أحمد، فالحكم باطل.

وقد ذكر الشيخ أبو الفرج: أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه، لا يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة والحالة هذه لا تفيد.

وقال الإمام^(١): لو لم يعرفه إلا باسمه لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم قد لا تنفع في الغيبة، وبالجمله لا يشهد بما لا معرفة له به.

ولو سمع اثنين يشهدان أن فلاناً وكل هذا الرجل في بيع داره، وأقر الوكيل بالبيع، شهد على إقراره بالبيع، ولم يشهد بالوكالة. وكتب الفقهاء في مثله: أنه يشهد على شاهدي الوكالة، كأنهما^(٢) أشهداه على شهادتهما.

ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي المخطوبة، أو وكيل وليها وهو لا يعرفه ولياً [١٢٦٩ / ب]، ولا وكيلاً، أو عرف الولاية، أو الوكالة، ولم يعرف رضا المرأة، وهي ممن يعتبر رضاها، لم يشهد على أنها زوجته، لكن يشهد أن فلاناً أنكح فلانة فلاناً، وقيل^(٣): فلان، فإن لم يعرف المرأة بنسبها لم يشهد إلا أن فلاناً

(١) انظر: نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٧ - ٦١٨.

(٢) في المطبوع: «وأنهما».

(٣) في المطبوع: «وقيل»، تصحيف.

قال : زَوَّجْتُ فلانةً فلاناً ، وإن كان يعرفُ المشهود عليه بعينه دون اسمه ونسبه ، شهد عليه حاضراً لا غائباً ؛ فإن مات أحضر ليشاهد صورته ، ويشهد على عينه ، فإن دفن ، لم ينبش ، وقد تعدرت الشهادة عليه ، هكذا قاله القاضي حسين ، وتابعه الإمام^(١) ، والغزالي ، لكن استثنى الغزالي ما إذا اشتدَّت الحاجةُ إليه ، ولم يطلِ العهدُ بحيث يتغيَّرُ منظرُهُ ، وهذا احتمالُ ذكره الإمام^(٢) ، ثم قال : والأظهرُ ما ذكره القاضي .

وإن لم يعرفِ اسمه ونسبه ، لم يكن له أن يعتمدَ قوله : إنه فلان ابن فلان ، لكن لو تحمَّلَ الشهادة وهو لا يعرفُ اسمه ونسبه ، ثم سمعَ الناسَ يقولون : إنه فلان ابن فلان ، واستفاضَ ذلك ، فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه ، كما لو عرفهما عند التحمُّل .

ولو قال له عدلان عند التحمُّل أو بعده : هو فلان ابن فلان ، قال الشيخ أبو حامد : له أن يعتمدَهما ، ويشهد على اسمه ونسبه ، وهذا مبنيٌّ على جواز الشهادة على النسب من عدلين ، وفيه خلافٌ يأتي إن شاء الله تعالى .

فَرْعٌ : كما أنَّ المشهودَ عليه تارةً تقعُ الشهادة على عينه ، وتارةً على اسمه ونسبه ، فكذلك المشهودُ له ، فتارةً يشهد أنه أقرَّ لهذا ، وتارةً لفلان ابن فلان ، وكذا عند غيبة المشهود له .

وإذا شهدَ الشاهدان أن لهذا على فلان ابن فلان الفلاني كذا ، فقال الخصمُ : لستُ فلان ابن فلان الفلاني ، ففي « فتاوى القفال » أن على المدعي البينة أن اسمه ونسبه ما ذكره^(٣) ، فإن لم يكن بيِّنة ، حلفه ، فإن نكَلَ ، حلفَ واستحقَّ^(٤) .

وإن سلمَ ذلك الاسم والنسب ، فادَّعى أن هناك مَنْ يشارِكُه فيهما ، لم يقبلَ منه حتَّى يُقيمَ البينة على ما يدَّعيه ، فإن أقامها احتجَّ إلى إثبات زيادةٍ يمتازُ بها المدَّعى عليه عن^(٥) الآخر ، وهذا كما سبق في « كتاب القاضي » إذا بلغ المكتوب إليه ،

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٦١٧) .

(٢) انظر : (نهاية المطلب : ١٨ / ٦١٧) .

(٣) في (ظ) ، والمطبوع : « أن على المدعي بيِّنة أن اسمه فلان ونسبه ما ذكره » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٦١) .

(٤) في (أ) زيادة : « به » .

(٥) في المطبوع : « على » .

وأحضر مَنْ زعم المدَّعي أنه المحكوم عليه، ولتكن الصورة فيما إذا ادَّعى أنه يستحقُّ على هذا الحاضر كذا، واسمُه ونسبُه كذا، أو أنه يستحقُّ على من اسمُه ونسبُه كذا، وهو هذا الحاضر، وأقام البيِّنة بالاستحقاق على فلان ابن فلان، فيستفيد بها مطالبة الحاضر إن اعترف أنه فلان ابن فلان، أو يقيم بيِّنة أخرى على الاسم والنسب إن أمكن، ثم يطالبه، وإلاَّ فكيف يدَّعي على فلان ابن فلان من غير أن يربط الدعوى بحاضر؟ !

وفي «الفتاوى» أيضاً: أنه لو أحضر رجلاً عند القاضي، وقال: إن هذا أقرُّ لفلان ابن فلان بكذا، وأنا ذلك المقرُّ له، فقال الرجل: نعم [أقررتُ]، لكن هنا، أو بموضع آخر رجلٌ آخرُ بهذا الاسم والنسب، وإنما أقررتُ له، لزمه إقامة البيِّنة على ما يدَّعيه، فإذا أقامها، سئل ذلك الآخرُ؟ فإن صدَّقه، دُفِعَ المقرُّ به إليه، ويحلفه^(١) الأولُ على أنه لا شيء له عليه، وإن كذَّبه، فهو للمدَّعي، وإن قال: هناك رجلٌ آخرُ بهذا الاسم والنسب، وأنا أقررتُ لأحدهما لا أعلم عينه، وأقام البيِّنة [١٢٧٠ / ١] برجل آخر، سئل ذلك الآخرُ؟ فإن قال: لا شيء لي^(٢) عليه، فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول كما لو كانت عنده ودیعة، فقال: هي لأحديكما، ولا أدري أنها لأيكما، فقال أحدهما: ليست لي؛ فإنها تكون للآخر، وإن صدَّقه الآخر، فهو كما في صورة الوديعة إذا قال كلُّ واحد: هي لي، وقد حكينا في «الوكالة» فيما لو وكلَّ رجلاً بالخصومة؛ بناءً على اسم ونسب ذكره أنه لا بُدَّ من بيِّنة على أنه وكيله فلان ابن فلان، أو على أن الذي وكَّله عند القاضي [هو] فلان ابن فلان.

وحكينا عن القاضي حُسين: أن هذه المسألة يكتفي القضاء فيها بالعدالة الظاهرة، ويتساهلون في البحث والاستزكاء.

وعن القاضي أبي سعد الهروي: أنه يكتفي فيها بمعرّف واحد، وكل واحد من هذين الكلامين ينبغي أن يعود هنا حيث احتيج إلى إثبات كونه فلان ابن فلان.

فصل: المرأة المتنبئة لا يجوزُ الشهادة عليها؛ اعتماداً على الصوت، كما

(١) في المطبوع: «ويحلف».

(٢) في أصل (ظ): «له».

لا يجوزُ أَنْ يتَحَمَّلَ الأعمى ؛ اعتماداً على الصوت ، وكذا البصير في الظلمة ، أو من وراء حائلٍ صفيقٍ ، والحائل الرقيق لا يمنع على الأصح .

وإذا لم يَجْزِ التحمُّلُ بالصوت ؛ فإن عرفها متنبِّهً باسمها ، ونسبها ، أو بعينها لا غير ، جازَ التحمُّلُ ، ولا يَضُرُّ النقابُ ، ويشهدُ عند الأداء بما يعلمُ ، فإن لم يعرفها ، فلتكشفُ عن وجهها ؛ ليراها الشاهدُ ، ويضبطَ حليتها وصورتها ، ليتمكنَ من الشهادة عليها عند الحاجة إلى الأداء ، وتكشف وجهها حينئذ .

ولا يجوز التحمُّل بتعريفِ عدلٍ أو عدلين أنها فلانة بنت فلان ، فإن قال عدلان : [نشهد أن ^(١) هذه فلانة بنت فلان تُقرُّ بكذا ، فهما شاهدا الأصل ، والذي يسمع منهما ^(٢) شاهدٌ فرع يشهدُ على شهادتهما عند اجتماع الشروط .

ولو سمعه من عدلٍ واحد ، شهدَ على شهادته ، والشهادةُ على الشهادة والحالة هذه تكونُ على الاسم والنسب دون العين ، لهذا ما ذكره أكثر المتكلمين في المسألة .

وفيه وجه ثانٍ عن الشيخ أبي محمد : أنه يكفيهِ لتحمُّل الشهادة عليها مُعرِّفٌ واحدٌ ؛ سلوكاً به مسلك الإخبار ، وبهذا قال جماعةٌ من المتأخرين ، منهم القاضي شريح ^(٣) الرُّوياني ^(٤) .

ووجه ثالث : أنه يجوزُ التحمُّل إذا سمع من عدلين أنها فلانة بنت فلان ، ويشهدُ على اسمها ونسبها عند الغيبة ، وهذا ما سبق عن الشيخ أبي حامد ؛ بناءً على أنه تجوزُ الشهادةُ على النسب بالسمع من عدلين .

ووجه رابع ^(٥) عن الإصطخري : أنه إذا كان يعرفُ نسبَ امرأة ، ولا يعرفُ

(١) قوله : « نشهد أن » ساقط من (ظ) ، وفي المطبوع ، و(أ) : « يشهدان » تحريف ، المثبت من (س) ، وهو موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٦٢) .

(٢) في (ظ) : « منه » .

(٣) هو أبو نصر ، شريح بن عبد الكريم الرُّوياني ، المتوفى سنة (٥٠٥ هـ) . له كتاب : « روضة الأحكام وزينة الحُكَّام » منه نسخة خطية في مكتبة الأسد بدمشق .

(٤) جاء في (فتح العزيز : ١٣ / ٦٣) : « منهم القاضي ابن كُجَّ والرُّوياني » بدل : « منهم القاضي شريح الرُّوياني » .

(٥) كلمة : « رابع » ساقطة من المطبوع .

عَيْنَهَا، فدخل دارها، وفيها نسوة سواها، فقال لابنها الصغير: أَيَّتِهِنَّ أُمَّكَ ؟ أو لجارتيتها: أَيَّتِهِنَّ سِيدُتُكَ ؟ فأشارا^(١) إلى امرأة، فسمع إقرارها، جاز له أَنْ يشهد: أَنَّ فلانة بنت فلان أَقرَّتْ بكذا، حكاه ابنُ كَجَّ عنه، ولم يجعل قول شاهدين على قول الإِصْطِخْرِيِّ كإخبار الصغير والجارية، وأدعى أَنَّ ذلك أَشدَّ وقعاً في القلب وأثبت. ولك أَنَّ تقول: ينبغي أَنْ لا يتوقَّفَ جواز التحمُّل على كشف الوجه، ولا^(٢) على المعْرِفِ؛ لأنَّ مَنْ أَقرَّتْ تحت نقابٍ، ورفعت إلى القاضي والمتحمِّل ملازمها، أمكنه^(٣) الشهادة على عَيْنها، وقد حضر قومٌ يكتفي بإخبارهم في التسامع قبل أَنْ تغيب المرأة إذا لم يشترط في التسامع طول المدة، كما سيأتي [١٢٧٠ / ب] إِنَّ شاءَ الله [تعالى]، فيخبرون عن اسمها ونسبها، فيتمكَّن من الشهادة على اسمها ونسبها؛ بل ينبغي أَنْ يقال: لو شهد اثنان، تحمَّلا الشهادة على امرأة لا يعرفانها، أَنَّ امرأةً حضرت يومَ كذا، مجلس كذا، فأقرَّتْ لفلان بكذا، وشهد عدلان أَنَّ المرأة الحاضرة يومئذ في ذلك المكان هي هذه، ثبت الحقُّ بالتبيين، كما لو قامت بينة أَنَّ فلان ابن فلان الفلاني أَقرَّ بكذا، وقامت أخرى على [أن] الحاضر هو فلان ابن فلان، ثبت الحقُّ.

وإذا اشتمل التحمُّل على هذه الفوائد، وجب أَنْ يجوز مُطلقاً.

ثم إنَّ لم يحصل ما يفيد جواز التحمُّل على العين، أو على الاسم والنسب، أو لم ينضمَّ إليه ما يتمُّ به الإثبات، فذاك لشيءٍ آخر.

ويجوز النظر إلى وجهها؛ لتحمُّل الشهادة، وسماع كلامها، وهذا عند الأئمة من الفتنه. فإنَّ خاف فتنةً، فقد سبق أنه يحرمُّ النظر إلى وجهها بلا خلاف، فيشبه أَنَّ يقال: لا ينظر الخائف؛ للتحمُّل؛ لأنَّ في غيره غُنيةً، فإنَّ تعيَّن عليه، نظر، واحترز.

فَرَعٌ: إذا قامت بينة على عين رجلٍ، أو امرأةٍ بحقٍّ، وأراد المدَّعي أن يسجل له القاضي، فالتسجيل على العين ممتنع، لكن يجوز أَنْ يسجل بالحلية، ولا سبيل إلى التسجيل بالاسم والنسب ما لم يثبتا، ولا يكفي فيهما قول المدَّعي، ولا إقرار مَنْ

(١) في (أ، س): « فأشار ».

(٢) في المطبوع: « لا » بدون « الواو ».

(٣) في المطبوع: « أمكن ».

قامت عليه البيّنة؛ لأن نسب الشخص لا يثبت بإقراره، فلو قامت بيّنة على نسبه على وجه الحسبة بُني على أنَّ شهادة الحسبة هل تقبل في النسب؟ إن قبلناها، وهو الصحيح: أثبت القاضي النسب، وسجّل، وإن لم نقبلها وهو اختيار القاضي حسين، فقال: الطريق هنا أن ينصب القاضي مَنْ يدّعي على فلان ابن فلان ديناً، أو على فاطمة بنت زيد، أو يدّعي على زيد، ويقول: هذه بنته، وتركته عندها، وينكر المدّعي عليه النسب، فيقيم المدّعي البيّنة عليه.

قال: وتجاوز هذه الحيلة للحاجة، واعترض الإمام^(١) بأن الدعوى الباطلة كالعدم، فكيف يجوز بناء الشهادة عليها؟ وكيف يأمر القاضي بها؟! لكن الوجه أن يقال: وكلاء المجلس^(٢) يتفطنون لمثل ذلك، فإذا نصبوا مدّعياً لم يفحص القاضي، ولم يضيق؛ بل يسمع الدعوى والبيّنة للحاجة.

ولو أمر المدّعي الذي ثبت له الحق بالبيّنة أن ينقل الدعوى عن العين إلى الدعوى على بنت زيد لينكر، فيقيم البيّنة على النسب، كان أقرب من نصب مدّع جديد، وأمره بدعوى باطلة.

فرّع: عن «فتاوى القفال»: شهد الشهود على امرأة باسمها ونسبها، ولم يتعرّضوا لمعرفة عينها، صحّت شهادتهم، فإن سألهم الحاكم: هل تعرفون عينها؟ فلهم أن يسكتوا، ولهم أن يقولوا: لا يلزمنا الجواب عن هذا.

الطرف الثاني: فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع، وهو الاستفاضة:

فمنه: النسب، فيجوز أن يشهد بالتسامع أن هذا الرجل ابن فلان، أو هذه

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٨ - ٦١٩).

(٢) قال الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في حاشيته على (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٩): «لم يسبق ذكر «وكلاء المجلس» ولا بيان لمن يعينهم الإمام بذلك؛ بل عني بتفسير «أصحاب مسائله» وخلاف الأصحاب فيما يقصده الشافعي بهذا اللفظ، ولم نجد لهذا اللفظ «وكلاء المجلس» مفسراً عند الغزالي في «السيط»، أو الرافعي في «الشرح الكبير»، أو النووي في «الروضة»، ولا في أدب القضاء عند ابن أبي الدم، ولا في غير هذه من المصادر التي بين أيدينا. اللهم إلا في كتاب «روضة القضاة» للسمناني، فقد قال: «ينبغي للقاضي أن يتخذ من الوكلاء الشيوخ والكهول»، ثم ذكر صفاتهم التي ينبغي أن يتحلوا بها، ولكنه لم يبين مهامهم وأعمالهم، والفرق بينهم وبين المستخلفين - إن كانوا - وبين أصحاب مسائله. انظر: روضة القضاة وطريق النجاة: ١٢٢.»

المرأة، إذا عَرَفَهَا بعينها، بنتُ فلان، أو أنهما من قبيلة [كذا]، ويثبتُ النسبُ من الأُمِّ بالتسامعِ أيضاً على الأصحَّ، وقيل: قطعاً، كالأب، ووجهُ المنع: إمكانُ رؤية الولادة. ثم ذكر الشافعيُّ والأصحابُ رحمهم الله في صفة التسماع: أنه ينبغي أن يسمعَ الشاهدُ المشهودَ بنسبه، [١٢٧١ / ١] فينسبُ إلى ذلك الرجل، أو القبيلة، والناسُ ينسبونهُ إليه، وهل يعتبر في ذلك التكرّر، وامتداد مدة السماع؟ قال كثيرون: نعم، وبهذا أجاب الصَّيْمَرِيُّ، وقال آخرون: لا، بل لو سمعَ انتساب الشخص^(١)، وحضر جماعة لا يرتابُ في صدقهم، فأخبروه بنسبه دفعةً واحدةً، جاز له الشهادة. ورأى ابنُ كَجَّ القطعَ بهذا، وبه أجاب البغويُّ في انتسابه بنفسه، فإن قلنا بالأول، فليست المدةُ مقدّرةً بسنةٍ على الصحيح، ويعتبرُ مع انتساب الشخص، ونسبةُ الناس أن لا يعارضهما^(٢) ما يورثُ تهمه، وريية، فلو كان المنسوبُ إليه حيّاً، وأنكر، لم تجزِ الشهادةُ، وإن كان مجنوناً، جازت على الصحيح، كما لو كان ميتاً. ولو طعنَ بعضُ [الناس] في ذلك النسبِ، هل يمنعُ جواز الشهادة؟ وجهان.

أصحهما: نعم، لاختلالِ الظنِّ.

فَرَعٌ: يثبتُ الموتُ بالاستفاضة على المذهب، وبه قطعَ الأكثرون، وقيل: وجهان، وهل يثبتُ بها الولاءُ، والعِتقُ، والوقفُ، والزوجيّة؟ وجهان.

قال الإصطخريُّ، وابنُ القاصِّ، وأبو عليٍّ: ابنُ أبي هريرة، والطبريُّ: نعم، ورجَّحه ابن الصَّبَّاح.

وقال أبو إسحاق: لا، وبه أفتى القفالُ، وصحَّحه الإمام^(٣)، وأبو الحسنِ العبَّاديُّ، والرُّوياني، قالوا: ويستحب تجديدُ شهودِ كتب الوقفِ إذا خاف انقراضَ الأصول.

قال في « العُدَّة »: هذا ظاهر المذهب، لكن الفتوى الجواز للحاجة.

قلت: الجواز أقوى وأصحُّ، وهو المختار. والله أعلم.

(١) في (ظ): « شخص ».

(٢) في (ظ): « يعارضه ».

(٣) انظر: نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠٨.

فَرَّغَ: في ^(١)المعتبر في الاستفاضة أوجه:

أصَحُّهَا: أنه يشترط أن يسمعه من جَمْعٍ كثيرٍ يقع العلمُ، أو الظنُّ القويُّ بخبرهم، ويؤمن تواطؤهم على الكذب، وهذا هو الذي رجَّحه الماورديُّ، وابنُ الصَّبَّاحِ، والغزاليُّ، وهو أشبه بكلام الشافعي رحمَهُ اللهُ.

والثاني: يكفي عدْلانِ، اختاره أبو حامد، وأبو حاتم ^(٢)، ومال إليه الإمام ^(٣).

والثالث: يكفي خبرٌ واحدٌ إذا سكن القلبُ إليه، حكاه السرخسيُّ، وغيره، فعلى الأول: ينبغي أن لا يشترط العدالة، ولا الحرَّة، والذكورة.

فَرَّغَ: لو سمعَ رجلًا يقولُ لآخرَ: هذا ابني، وصدَّقه الآخرُ، أو قال: أنا ابنُ فلان، وصدَّقه فلانٌ، قال كثير من الأصحاب: يجوزُ أن يشهدَ به على النسب، وكذا لو استلحقَ صبيًّا، أو بالغًا، وسكَّتْ؛ لأنَّ السكوتَ في النسب، كالإقرار.

وفي «المهذَّب» وجهٌ: أنه لا يشهدُ عند السكوتِ إلَّا إذا تكررَ عنده الإقرارُ، والسكوتُ. والذي أجاب به الإمامُ، والغزاليُّ: أنه لا تجوزُ الشهادةُ على النسبِ بذلك؛ بل يشهدُ والحالة هذه على الإقرار، وهذا قياس ظاهر.

فَصُلِّ: الشهادةُ على المِلِكِ تنبني على ثلاثة أمورٍ، وهي اليدُ، والتصرُّفُ والتسامُعُ.

فأمَّا اليدُ فلا تُفيدُ بمجردَها جوازَ الشهادةِ على المِلِكِ، لكن إذا رأى الشيءَ في يده، جازَ أن يشهدَ له باليد، وشرطُ البغويِّ ^(٤) لذلك أن يراه في يده مدةً طويلةً. وحكى الإمامُ قولاً: أنه تجوزُ ^(٥) الشهادةُ بالملكِ بمجردَ اليدِ ^(٦)، والمشهور: الأول.

وأما التصرُّفُ المجرَّدُ، فكاليدِ المجرَّدة، لا يفيدُ جوازَ الشهادةِ بالمِلِكِ، فإن

(١) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.

(٢) هو أبو حاتم القزويني، محمد بن الحسن الطبري. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٦٩).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٣).

(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٢٤).

(٥) في المطبوع: « أنه لا تجوز ».

(٦) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٠٩ - ٦١٣).

اجتمع يَدٌ وتصرَّفُ، فَإِنْ قصرتِ المدةُ، فهو كاليدِ المجردةِ، وَإِنْ طالت، ففي جواز الشهادة له بالملك وجهان.

أصحُّهما: الجواز [١٢٧١ / ب]، صحَّحه البغوي^(١)، ونقله الإمام عن اختيار الجمهور، وعن الشيخ أبي محمد القطع به^(٢)، فلو انضمَّ إلى اليدِ والتصرُّفِ الاستفاضةُ، ونسبةُ الناسِ الملكَ إليه، جازتِ الشهادةُ بالملك بلا خلاف.

ونقل الروياني قولاً: أنه لا تجوزُ الشهادةُ على الملكِ حتَّى يعرفَ سببه، وهو شاذٌّ ضعيف.

وأما الاستفاضةُ وحدَها، فهل تجوزُ الشهادةُ على الملكِ بها؟ وجهان.

أقربُهما إلى إطلاقِ الأكثرينَ: الجواز.

والظاهر: أنه لا يجوزُ، وهو محكيٌّ عن نصِّه في «حَرَمَلَة»^(٣)، واختارها القاضي حُسين، والإمامُ، والغزاليُّ، وهو الجواب في «الرَّقم».

واعلم: أن جوازَ الشهادةِ بالملكِ بالاستفاضة مشهورٌ في المذهب، فلعل من لا يكتفي به يكتفي بانضمام أحدِ الأمرين من اليدِ والتصرُّفِ إليه، أو يعتبرُهما جميعاً، لكن لا يعتبرُ طولَ المدةِ فيهما، إذا^(٤) انضمَّ إلى الاستفاضة، وإلاَّ فهما كافيان إذا طالت المدةُ على الأصحِّ، ولا يبقى للاستفاضة أثرٌ، ويشترطُ في جوازِ الشهادة؛ بناءً على اليد، أو اليدِ والتصرُّفِ أن لا يعرفَ له منازعاً فيه، ونقل ابنُ كَجَّ وجهين في أن مُنازعةً من لا حجةَ معه^(٥)، هل تمنعُ؟

فَرَعٌ: طولُ مدةِ اليدِ والتصرُّفِ يرجعُ فيه إلى العادة، وقيل: أقلُّها سنة، والصحيحُ: الأولُ.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٢٤).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦١٠).

(٣) قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٨٧): «وقولهم: قال في حرملة، أو نصَّ في حَرَمَلَة، معناه: قال الشافعيُّ في الكتاب الذي نقله عنه حَرَمَلَة، فسمَّى الكتابَ باسمِ راويه مجازاً، كما يقال: قرأتُ البخاريَّ، ومُسلماً، والترمذيَّ، والنسائيَّ، وسبويه، والزمخشريَّ، وشبههما».

(٤) في المطبوع: «وإذا».

(٥) في (ظ): «من لا حجة له معه».

وعن الشيخ أبي عاصم: أنه إن زادت على عَشْرَةٍ^(١)، فطويلة، وفيما دونها وجهان، والقول في عددِ المُخْبِرِينَ هنا، وامتداد المدة، كما سبق في النسب.

ونقل ابنُ كَجٍّ وجهين في أنه: هل يشترط أن يقع في قلبِ السامعِ صدقُ المخبرين؟

فَرَعٌ: ذكر ابنُ كَجٍّ: أنه تجوزُ الشهادةُ على اليدِ بالاستفاضة، وقد ينازع فيه؛ لإمكان مشاهدة اليد.

فَرَعٌ: لا يكفي أن يقولَ الشاهدُ: سمعتُ الناسَ يقولون: إنه لفلان، وكذا في النسب، وإن كانت الشهادةُ مبنيةً عليه؛ بل يشترطُ أن يقولَ: أشهدُ بأنه له، وبأنه ابنُه؛ لأنه^(٢) قد يعلم خلافَ ما سمعه من الناس، لكن عن الشيخ أبي عاصم: أنه لو شهد رجلٌ بالملك، وآخرُ بأنه في يدهِ مدة طويلة يتصرف^(٣) فيه بلا مُنازع، تمتِ الشهادةُ. وقال الشارحُ لكلامه^(٤): هذا مصيرٌ منه إلى الاكتفاء بذكر السبب، والصحيح: الأول.

فَرَعٌ: سواءً في الشهادة على الملك بالاستفاضة والتصرف؛ العقار، والثوب، والعبء، وغيرها، إذا ميزَ الشهود به عن أمثاله.

فَرَعٌ: التصرفُ المعتبرُ في الباب تصرفُ المُلْك؛ من السُّكْنَى، والدخول، والخروج، والهدم، والبناء، والبيع، والفسخ بعده، والرَّهْن. وفي مجرد الإجارة وجهان؛ لأنها وإن تكررت قد تصدرُ مِمَّن استأجرَ مدة طويلة ومن الموصى له بالمنفعة، وليُجرِ هذا الخلافُ في الرَّهْن؛ لأنه قد يصدرُ من مستعير، والأوفقُ لإطلاقِ الأصحابِ الاكتفاء بها^(٥)؛ لأن الغالبَ صدورُها من المالكين، ولا يكفي التصرف مدة واحدة؛ لأنه لا يحصل ظناً.

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٧٣): «على عشرة أيام».

(٢) في المطبوع: «لأن».

(٣) في المطبوع: «وتصرف».

(٤) لعلَّ الشارحَ القاضي أبو سَعْدٍ الهروي. فهو شارح «أدب القاضي» لأبي عاصم العبَّادي. انظر:

(تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٥٠٢).

(٥) كلمة: «بها» ساقطة من المطبوع.

فَرْعٌ: لا يثبت الدِّين بالاستفاضة على الصحيح .

فَرْعٌ: في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان .

قال ابن سُرَيْج والجمهور: تقبل، إِلَّا أَنَّ شهادته إنما تقبل إذا لم يحتاج إلى تعيين وإشارة؛ [١٢٧٢ / ١] بأن يكون الرجل معروفاً باسمه ونسبه الأدنى، ويحتاج إلى إثبات نسبه الأعلى .

وصور أيضاً في النسب الأدنى؛ بأن يصف الشخص، فيقول: الرجل الذي اسمه كذا، وكنيته كذا، ومُصَلَّاه ومسكنه كذا، هو فلان ابن فلان، ثم يقيم المدعي بينة أخرى أنه الذي اسمه كذا، وكنيته كذا إلى آخر الصفات .

وصورته في الملك: أن يشهد الأعمى بدارٍ معروفةٍ أنها لفلان ابن فلان، ويمكن أن يقال: الوجه القائل بأن شهادته لا تقبل، مخصوص بما إذا سمع من عدد يمكن اتفاقهم على الكذب، فأما إذا حصل السماع من جمع كبير، فلا حاجة فيه إلى المشاهدة، ومعرفة حال المخبرين .

فَرْعٌ: ما جازت الشهادة به؛ اعتماداً على الاستفاضة، جاز الحلف عليه؛ اعتماداً عليها؛ بل أولى؛ لأنه يجوز الحلف على خط الأب دون الشهادة .

الطرف الثالث: في تحمّل الشهادة وأدائها .

أمّا الأداء، فواجب في الجملة، والكتمان حرام، ويجب الأداء على متعين للشهادة، متحمّل لها قصداً، دُعي من دون مسافة العدوى^(١)، عدل، لا عُذر له، فهذه خمسة قيود .

الأول: التّعيين، فإن لم يكن في الواقعة إلا شاهداً؛ بأن لم يتحمّل سواهما، أو مات الباقي، أو جُثِّوا، أو فسقوا، أو غابوا، لزمهما الأداء، فلو شهد أحدهما، وامتنع الآخر، وقال للمدعي: احلف مع الشاهد، عصي، وكذا الشاهدان على ردّ

(١) مسافة العدوى: هي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهاباً ورجوعاً، ومعناه: أن يتمكن المبكر إليها من الرجوع إلى منزله قبل الليل (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٣٦٣)، وانظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٥٣٦)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٢٥٨ - ٢٥٩) .

الوديعة لو امتنعا، وقالاً^(١) للمودع: احلف على الرّد، عَصِيَا؛ لأنّ مِنْ مقاصِدِ الإِشهادِ التورّعَ عن اليمين، ولو لم يكن في الواقعة إلّا شاهدٌ؛ فإنّ كان الحقُّ يَثْبُتُ بشاهِدٍ ويمينٍ، لزمه الأداء، وإلّا، فلا على الصحيح. وحكى ابنُ كَجٍّ وجهاً في لزومه؛ لأنّه ينتفع^(٢) في اندفاع بعضِ تهمَةِ الكذبِ.

وإنّ كان في الواقعة شهودٌ، فالأداء عليهم فرضٌ كفايةً، إذا فعله اثنان منهم، سقطَ عن الباقيين، وإنّ طلبَ الأداء من اثنين، ففي وجوب الإجابةِ عليهما وجهان، وقال ابنُ القاصِّ قولان.

أصحُّهما: الوجوبُ، وليس موضع الخلاف ما إذا علمنا من حالهم رغبةً، أو إباءً.

القيد الثاني: كونه متحملاً عن قصدٍ، أمّا مَنْ سمعَ الشيء، أو وقعَ بصرُهُ عليه اتفاقاً، فالأصحُّ الموافق لإطلاق الجمهور: أنه يلزمه الأداء أيضاً؛ لأنها أمانةٌ، وشهادةٌ عنده.

والثاني: لا؛ لعدم التزامه.

القيد الثالث: أن يُدعى لأداء الشهادة من مسافة قريبة، ومَتى كان القاضي في البلد، فالمسافة قريبةً، وكذا لو دُعي إلى مسافةٍ يَتِمَكَّنُ المبكّرُ إليها من الرجوع إلى أهله في يومه^(٣).

وإن دُعي إلى مسافةٍ القَصْرِ لم تجبِ الإجابةُ، وإن كان بينهما لم تجبِ أيضاً على الأصحِّ، وهذا كُلُّهُ تفريعٌ على الصحيح، وهو أنّ الشاهدَ يلزمه الحضورُ إلى القاضي لأداء الشهادة.

وعن [القاضي] أبي حامد: أنه ليس على الشاهدِ إلّا أداءُ الشهادةِ إن اجتمع هو والقاضي.

(١) في المطبوع: « وقال ».

(٢) في المطبوع: « ينفع ».

(٣) وهي مسافة العدوى.

القيد الرابع: كون الشاهد عدلاً، فإن كان فاسقاً، ودُعي لأداء الشهادة، نُظِرَ:

إن كان فسقُهُ مُجمِعاً عليه، ظاهرًا، أو خفيًا، حرمَ عليه أن يشهد، وإن كان مجتهداً فيه، كشرِّب النبيذ، لزمه أن يشهد، وإن كان القاضي يرى التفسيقَ به، وردَّ الشهادة؛ لأنه قد يتغيَّر [١٢٧٢ / ب] اجتهادُهُ.

وفي «أُمالي السَّرْحَسِيِّ» وجه: أنه لا يجبُ في الفسقِ المجتهد فيه، إذا كان ظاهرًا^(١).

وحكى ابنُ كَـجَّ وجهًا: أنه يجبُ مُطلقاً في الفسقِ الخفيِّ، وفي الظاهرِ وجهان، والمذهبُ: ما سبق.

وحكى ابنُ كَـجَّ وجهين في أنه هل للشاهد أن يشهد بما يعلم أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتقده الشاهد، كالبيع الذي يترتب عليه شُفعة الجوار، والشاهد لا يعتقدها؟ ولو كان أحدُ الشاهدين عدلاً والآخرُ فاسقاً فسقاً مُجمِعاً عليه، لم يلزم العدلُ الأداء إن كان الحقُّ لا يثبتُ بشاهدٍ ويمينٍ.

القيد الخامس: عَدَمُ العُذر، كالمرض، ونحوه، فالمریضُ الذي يَشُقُّ عليه الحضورُ، لا يكلفُ أن يحضرَ؛ بل إما أن يشهدَ على شهادته. وإما أن يبعثَ القاضي إليه، مَنْ^(٢) يسمعُ شهادته، والمرأةُ المخدَّرةُ، كالمریض، وفيها الخلافُ السابق في الباب الثالث من «أدب القضاء»، وغيرُ المُخدَّرة يلزمُها الحضورُ والأداء، وعلى الزوج أن يأذنَ لها فيه.

وحكى الشيخُ أبو الفَرَج وجهين في أنه هل يجبُ الحضورُ عند القاضي الجائر والمتعنَّت لأداء الشهادة؛ لأنه لا يؤمنُ أن يردَّ شهادته؛ جوراً وتعنُّتاً، فيعيرُ بذلك؟ فعلى هذا: عدالةُ القاضي وجمعةُ الشروطِ المعتبرة شرطُ سادسٌ.

قلت: الراجحُ الوجوبُ. والله أعلم.

(١) في المطبوع: «ظاهرًا»، تصحيف، وفي (ظ): «حاضرًا»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٧٧).

(٢) في المطبوع: «بأنه» بدل «مَنْ».

وإذا اجتمعت شروط الوجوب لم يرهق القاضي إرهاقاً؛ بل إن كان في صلاة، أو حمّام، أو على طعام، فله التأخير إلى أن يفرغ، ولا يمهل ثلاثة أيام على المشهور.

قال ابن كَجَّ: ولو شهد، وردَّ القاضي شهادته بَعْلَةً^(١) الفسق، ثم طلب المدَّعي أن يشهد له عند قاضي آخر، لزمه الإجابة، ولا يلزمه عند ذلك القاضي على الصحيح.

قال ابن كَجَّ: ولو دُعي لأداء الشهادة عند أمير، أو وزير، قال ابن القَطَّان: لا تلزمه الإجابة، وإنما يلزمه عند مَنْ له أهلية سماع البيّنة، وهو القاضي.

قال ابن كَجَّ: وعندي أنه يلزمه إذا علم أنه يصلُّ به إلى الحق.

قلت: قول ابن كَجَّ أصح. والله أعلم.

فَرَعٌ: إذا امتنع الشاهد من أداء الشهادة بعد وجوبه؛ حياءً من المشهود عليه، قال القاضي حُسَيْن: يعصي، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً حتَّى يتوب، ويوافق هذا ما قيل: إن المدَّعي لو قال للقاضي: عند فلان شهادة، وهو ممتنع من أدائها، فأحضره ليشهد، لم يجبه القاضي؛ لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفع بشهادته.

قلت: ينبغي أن يُحمل هذا على ما إذا قال: هو ممتنع بلا عُذر. والله أعلم.

فَصْلٌ: وأمَّا تحمُّلُ الشهادة، ففرض كفاية في عَقْدِ النِّكَاحِ؛ لتوقُّفِ الانعقاد عليه، فإن امتنع الجميع منه، أثموا. ولو طلب من اثنين التحمُّل، وهناك غيرهما، لم يتعيَّن بلا خلاف.

وأمَّا في التصرفات المالية والأقارير، فهل التحمُّل فرض كفاية، أم مستحب؟ وجهان.

الصحيح: الأول، وبه قطع العراقيون؛ للحاجة إليها، ومنهم من يقتضي كلامه

طَرَدَ الخلافَ في النكاح أيضاً، وليس بشيء. وإذا قلنا بالافتراض، فذلك إذا حضره^(١) المحمل، أمّا إذا دُعي للتحمّل [١٢٧٣ / ١] فقليل: تجبُ الإجابة أيضاً، والأصح الذي قاله القاضي أبو حامد، والبغوي، وأبو الفرج: أنه لا يجبُ إلّا أن يكونَ المحملُ معذوراً بمرضٍ، أو حبسٍ، أو كانت امرأةٌ مُخَدَّرَةً إذا أثبتنا للتخدير أثراً. وكذا إذا دعاه القاضي؛ ليشهده على أمرٍ ثبتَ عنده، لزمه الإجابة.

فَرَعٌ: إن تطوَّعَ الشاهدُ بتحمّلِ الشهادة، وأداها، فقد أحسنَ، وإن طمعَ في مالٍ، فهو إمّا [رزقٌ] من بيتِ المالِ، وإمّا من مالِ المشهودِ له، فأما الرزقُ [من بيت المال]، فقد ذكرَ الشيخُ أبو حامد، وابنُ الصَّبَّاحِ، وآخرون: أن الشاهدَ ليسَ له أخذُ الرزقِ من بيتِ المالِ لتحمّلِ الشهادة، وقيل: له ذلك، فإن قلنا بالأول، فرَزَقَهُ الإمامُ من ماله، أو واحدٌ من الرعية، فالحكمُ كما ذكرنا في القاضي.

وأمّا مالُ المشهودِ له، فليس للشاهدِ أخذُ أجرٍ على أداءِ الشهادة، ووجَّهوه بأنه فرضٌ عليه، فلا يستحق [عليه] عوضاً، ولأنه كلامٌ يسيرٌ لا أجرٌ لمثله.

وأمّا إتيانُ القاضي والحضورُ عنده؛ فإن كان معه في البلد فلا يأخذُ شيئاً، وإن كان يأتيه^(٢) من مسافةِ العَدَوِيّ، فما فوقها، فله طلبُ نفقةِ المركوبِ. قال البَحوثي^(٣): وكذا نفقةُ الطريقِ، وحكى وجهين فيما لو أعطاه شيئاً، ليصرفه في نفقةِ الطريقِ، وأجرةِ المركوبِ، هل له أن يصرفه إلى غرضٍ آخر، ويمشي؟ وهما كالوجهين فيما لو أعطى فقيراً شيئاً وقال: اشترِ لك به ثوباً، هل له أن يصرفه إلى غير الثوب؟ والأصح: الجوازُ فيهما، فهذا ما قيل: إنَّ الشاهدَ يأخذه من مالٍ^(٤) المشهود له، ولم يتعرَّضْ أكثرُهم لما سوى هذا، لكن في «تعليق الشيخ أبي حامد»: أنَّ الشاهدَ لو كان فقيراً يَكسِبُ قوته يوماً يوماً، وكان في صرفِ الزمانِ إلى أداءِ الشهادة ما يشغله عن كسبه، لم يلزمه الأداءُ إلّا إذا بذلَ له المشهودُ له قَدَرُ كَسْبِهِ في ذلك الوقت.

(١) في المطبوع: «حضر»، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٨٠): «أحضره».

(٢) في المطبوع: «نائبه»، تحريف.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٢٢٧ - ٢٢٨).

(٤) كلمة: «مال» ساقطة من المطبوع.

هذا حكمُ الأداء. فلو طلبَ الشاهد أجرَةً لتحتملُ الشهادة؛ فإن لم يتعيَّن عليه، فله ذلك، وكذا إن تعيَّن على الأصح. قال أبو الفرج^(١): هذا إذا دُعي ليتحمَّل، فأما إذا أتاه المحمَّل، فليس لتحتمُل والحالة هذه أجرَةً، وليس له أن يأخذ شيئاً، ومقتضى قولنا: له طلبُ الأجرة إذا دُعي لتحتمُل أن يطلبَ الأجرة إذا دُعي للأداء، سواء كان القاضي معه في البلد، أم لا، كما لا فرق في التحمُّل، وأن يكون النظرُ إلى الأجرة مطلقاً، لا إلى أجرة المركوب، ونفقة الطريق خاصةً، ثم هو يصرفُ المأخوذ إلى ما يشاء، ولا يمنع من^(٢) ذلك كونُ الأداء فرضاً عليه، كما ذكرنا في التحمُّل مع تعيُّنه على الأصح.

قلت^(٣): هذا الذي أورده الرافعي رحمه الله ضعيفٌ مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب [في البلد]، فهو محتملٌ، والوجوبُ ظاهر حينئذٍ. والله أعلم.

فرع: كتابة الصُّكوك هل هي فرضٌ كفاية، أم مستحبة^(٤)؟ وجهان.

أصحُّهما: الأول، وبه قطع السرخسي، فإن قلنا: مستحبة، أو فرض، ولم يتعيَّن لها شخصٌ، فله طلبُ الأجرة. وإن تعيَّن، فكذلك على الأصح، هذا إذا لم يرزق الكاتب من بيت المال لكتابة الصُّكوك، فإن رُزق لذلك، فلا أجرة.

فصل: في آداب التحمُّل والأداء منقولة من « مختصر الصيَمري »: ينبغي للشاهد [١٢٧٣ / ب] أن لا يتحمَّل، وبه ما يمنعه من الضبط، وتامم الفهم، كجوع^(٥) وعطش، وهمٌّ، وغضبٍ، كما لا يقضي في هذه الأحوال.

وإذا أتاه من لا تجوزُ الشهادة عليه، كصبيٍّ، ومجنون، لم يلتفت إليه.

وإن أتى بكتاب أنشئ على خلاف الإجماع، فكذلك، وتبين فساده، وإن أنشئ

(١) هو أبو الفرج السرخسي الزَّاز.

(٢) كلمة: « من » ساقطة من المطبوع.

(٣) كلمة: « قلت » ساقطة من (م).

(٤) في المطبوع: « مستحب ».

(٥) في (ظ): « لجوع ».

على مختلف فيه بين العلماء وهو لا يعتقده، فهل يُعْرِضُ عنه، أم يشهدُ ليؤدِّي ويحكم الحاكم باجتهاده؟ وجهان سبَقا.

وإذا رأى كلمةً مكروهةً، أو مُعَادَةً، فلا بأسَ بالضربِ عليها، لا سيَّما إذا لم يسبقهُ بالشهادة أحد.

وإنَّ أغفلَ الكاتبُ ما لا بدَّ منه، ألحقَ به، وإنَّ رأى سطرًا ناقصًا شغله بخطُّ أو خطَّين.

وإذا قرأ الكتابَ على المتبايعين مثلاً، وقال: عَرَفْتُمَا ما فيه؟ أشهدُ عليكما به؟ فقالا: نَعَمْ، أو أَجَلْ، أو بلى، كفى للتحمُّل، ولا يكفي أن يقولَ المحمل: الأمرُ إليك، أو إن شئتَ، أو كما ترى، أو أَسْتَخِيرُ اللهَ تعالى.

وإذا سمعَ إقراراً بدَّين، أو طلاقٍ، أو عتقٍ، فله أن يشهدَ به، ولكن لا يقولُ ولا يكتبُ: أشهدني بذلك، ويكتب الشاهدُ في الكتاب الذي تحمَّل فيه اسمَه، واسمَ أبيه، وجَدَه، ويجوز أن يتركَ اسمَ الجد، وأن يتخطى إلى جدِّ أعلى؛ لشهرته به، ولا يكتبُ الكُنية إلاَّ أن يكونَ في الشهود مَنْ يشاركه في الاسم والنسب، فيميز بالكُنية، وقد يستحبُّ الاستعانةُ بما يفيدُ التذكُّر، كما ذكرناه في الباب الثاني من «أدب القضاء»^(١).

وإذا أشهدَهُ القاضي على شيء قد سجَّلَ به كتب الشهادة على إنفاذٍ^(٢) القاضي ما فيه، أو حُكِمه^(٣) بما فيه، ولا يكتبُ الشهادة على إقراره، يعني: إذا حَضَرَ الإنشاء.

والأوَّلَى في كتابة الدَّين المؤجَّل أن يقرَّرَ صاحب الدَّين أولاً؛ بأن يقولَ: ما الذي لك عليَّ^(٤) هَذَا؟ فإذا قال: كذا مؤجَّلاً، قرَّرَ المدينَ؛ لأنه لو أقرَّ المدينُ

(١) في (ظ): «أدب القاضي» وفي (أ): «أدب القاضي»، والمثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٨٣).

(٢) في (ظ): «نفاذ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: «حكم»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٨٤).

(٤) في (ظ): «ما الذي لي عليك».

أولاً قد ينكر صاحبه^(١) الأجل، وفي السلم يقرّر المسلم أولاً؛ خوفاً من أن ينكره المسلم لو أقرّ أولاً، ويطالبه بالمدفوع إليه.

وإذا أتى القاضي شاهداً؛ لأداء شهادة، أقعده عن يمينه، وإن كانت شهادته مثبتة في كتاب أخذه وتأمله، فإذا سأل المشهود له، استأذن القاضي؛ ليصغي إليه. ولو شهد قبل استئذان القاضي وسأله، صحت على الصحيح، لكن لو شهد قبل استئذانه، فقال القاضي: كنت ذاهلاً لم أسمع، لم يعتدّ بها. [والله المستعان].



(١) في المطبوع: « صاحب » المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٨٤).

الباب الرابع في الشاهد مع اليمين

يجوزُ القضاء بشاهدٍ ويمينٍ في الجملة، فما ثبت^(١) برجل وامرأتين ثبتَ بشاهدٍ ويمينٍ إلا عيوبَ النساء، وما في معناها، وما لا يثبتُ برجل وامرأتين لا يثبتُ بشاهدٍ ويمينٍ، ولا يُقضى بشهادةِ امرأتين ويمينٍ في الأموال قطعاً، ولا فيما يثبتُ بشهادةِ النسوة منفرداتٍ على الأصح. ثم هل القضاء بالشاهد وحده، واليمين مؤكدة، أم بها وحدها، وهو مؤكّد، أم بهما؟ أوجه.

أصحّها: الثالث، فلو رجَعَ الشاهد، فإن قلنا بالأول، غرّم، أو بالثاني، فلا، أو بالثالث، غرّم النصف. ثم إنما^(٢) يحلف المدعي بعد شهادة الشاهد وتعديله، وجوزَ ابنُ أبي هريرة تقديم اليمين على شهادته، كما يجوز تقديم المرأتين على الرجل، والصحيح: الأول،

ويجبُ [١٢٧٤ / ١] أن يتعرّضَ الحالف في اليمين لِصَدَقِ الشاهد، فيقول: والله! إنَّ شاهدي لصادق، وإنِّي مستحقُّ لكذا.

قال الإمام^(٣): ولو أخرَّ تصديق الشاهد، وقَدَّم ذكر الاستحقاق، جاز، ولم أجد أحداً يُضايقُ فيه.

ولو فسقَ الشاهد بعد القضاء، لم يُنقض الحكم، وإن فسقَ قبله، صار كأن

(١) في (ظ): «يثبت».

(٢) كلمة: «إنما» ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٨ / ٦٣٠).

لا شاهد، فيحلف المدعى عليه، فإن نكَلَ، حلف المدعى، ولم يعتد بما مضى. ولو لم يحلف المدعى مع شاهده، وطلب يمين الخصم، فله ذلك، فإن حلف، سقطت الدعوى. قال ابن الصباغ: وليس له أن يحلف بعد ذلك مع شاهده بخلاف ما لو أقام بعد يمين المدعى عليه بيّنة، فيسمع. وإن نكَلَ المدعى عليه، فأراد المدعى يمين الرد، مكّن منها على الأظهر، ويجري القولان فيما لو ادّعى مالا، ونكَلَ المدعى عليه، ولم يحلف المدعى يمين الرد، ثم أقام شاهداً واحداً، وأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: ليس له أن يحلف يمين الرد، فالمنقول أنه يحبس المدعى عليه حتى يحلف، أو يُقرّ؛ لأن يمينه حق المدعي، فلا يتمكّن من إسقاطها، لكن التقصير منه حيث لم يحلف مع شاهده، فينبغي أن لا يحبس المدعى عليه. وقد ذكر ابن الصباغ نحو هذا.

ولو أن المدعى بعد امتناعه من الحلف مع شاهده واستحلافه الخصم أراد أن يعود، فيحلف مع شاهده، نقل المحامي أن ليس له ذلك؛ لأن اليمين صارت في جانب صاحبه إلا أن يعود في مجلس آخر، ويستأنف الدعوى، وقيم الشاهد، فحينئذ يحلف معه.

فصل: جارية وولدها في يد رجل يسترقهما، فقال آخر: هذه مستولدتني والولد مني، علقت به في ملكي، فإن أقام بذلك شاهدين ثبت ما يدّعيه، وإن أقام رجلاً وامرأتين، أو رجلاً وحلف معه، ثبت الاستيلاء؛ لأن حكم المستولدة حكم المال، فسلم إليه، وإذا مات، حكم بعقها بإقراره، وهل يحكم له بالولد؟ قولان.

أظهرهما: لا؛ لأنه لا يدّعي ملكه؛ بل نسبه وحرّيته، وهما لا يثبتان بهذه الحجة، فيبقى الولد في يد صاحب اليد. وهل يثبت نسبه بإقرار المدعى؟ فيه ما ذكرنا في «الإقرار» و«اللقط» في استلحاق عبد غيره.

والثاني: نعم، تبعاً لها، فيتنزع من المدعى عليه، فيكون حرّاً نسبياً بإقرار المدعى.

ولو كان في يد رجل شخص ادّعى أنه رقيقه، فادّعى آخر أنه كان له، وأنه اعتقه، وأقام شاهداً، وحلف، أو رجلاً وامرأتين، نصّ الشافعي رحمته الله أنه ينتزع منه، ويحكم بأنه عتق على المدعى بإقراره، فمن الأصحاب من قال: في قبول هذه البيّنة والانتزاع قولان، كالصورة السابقة؛ لأنها شهادة بملك متقدم، والمذهب:

القطعُ بالعِتْقِ بالقَبُولِ، والانتزاعُ، كما نصَّ عليه، والفرقُ أن المدَّعي هنا يدَّعي ملكاً، وحجَّتُهُ تصلحُ لإثباته، والعِتْقُ يترتَّبُ عليه بإقراره.

ولو قال المدَّعي في صورة الاستيلاء لصاحب اليد: استولدتُها أنا في ملكك، ثم اشتريتها مع الولد، فعَتَقَ الولدُ عليَّ، وأقامَ عليه حجةً ناقصةً، فالتعقُّ الآن مرَّتَّبٌ على الملك الذي قامت به الحجةُ الناقصةُ، فيكون على الطرفين، كذا ذكره الفقَّالُ. هذا كلام [١٢٧٤ / ب] الأصحاب في جميع طرقهم في الصورتين، وانفرد الإمام، والغزالي فحكياً عن الأصحاب، والمُزَنِّي والنصُّ أشياء منكراً محولةً عن وجهها، وفي «المختصر» التصريحُ بخلافها، وكذا كتب الأصحاب.

فصل: ادَّعى ورثة ميتٍ ديناً، أو عيناً لمورثتهم، فإنما يحكمُ على المدَّعي عليه إذا ثبتَ لهم ثلاثة أشياء: الموت، والورثة، والمال، والأول والثاني لا مدخلُ فيهما للشاهد واليمين؛ بل لا يثبتان إلاَّ بشاهدين، أو إقرار المدَّعي عليه، وأمَّا المالُ، فيدخله الشاهد واليمين؛ فإن حضرَ جميعُ الورثة وهم كاملون، وأقاموا شاهداً، وحلفوا معه استحقُّوا، والمأخوذُ تركه يُقضى منها ديون الميت، ووصاياه. وإن امتنعَ جميعُهم، وعلى الميت دين، فهل للغريم أن يحلفَ؟ ذكرنا في «التفليس» فيه قولين، الجديدُ الأظهر: المنع، ويجريان فيما لو كان أوصى لرجل، ولم يحلفِ الورثة، هل يحلفُ الموصى له؟ فإن كانت الوصية بعين، وادَّعاها في يد أجنبي فينبغي أن لا يكون فيه خلاف، ويقطع بالجواز، فإن حلفَ بعضُ الورثة دون بعض، أخذ الحالفُ نصيبه، والنصُّ أنه لا يشاركه فيه مَنْ لم يحلفَ، ونصَّ في «كتاب الصلح» أنهما لو ادَّعيا داراً إرثاً، فصدَّقَ المدَّعي عليه أحدهما في نصيبه، شاركه المكذِبُ، فخرَّجَ بعضهم من الصلح هنا قولاً: أن ما أخذه الحالفُ يشاركه فيه مَنْ لم يحلفَ؛ لأن الإرث يثبتُ على الشيوع، وقطع الجمهورُ بأن لا شركةَ هنا، كما نصَّ، والفرق من وجهين حكاهما الإمام.

أحدهما: أن صورةَ الصُّلحِ مصوَّرة في عين، وأعيانُ التركة مشتركةٌ بين الورثة، والمصدقُ معترفٌ بأنه من التركة، والصورة هنا في دين، والدين إنما يتعيَّن بالتعيين والقبض، فالذي أخذه الحالفُ يتعيَّن لنصيبه بالقبض، فلم يشاركهُ الآخرُ فيه، فعلى هذا: لو كانت صورةُ الصُّلحِ في دين، لم تثبتِ الشركة. ولو فرضَ شاهدٌ ويمينٌ بعضُ الورثة في عين، تثبتِ الشركة.

والفرق الثاني: وهو الذي ذكره الجمهور أن الثبوت هنا بشاهدٍ ويمينٍ، فلو أثبتنا الشركة لملكنا الناكل بيمينٍ غيره، وهناك ثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب عليه إقرار المصدق بأنه إرث، فعلى هذا: لا فرق بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه. وأشار في « الوسيط » إلى تخريج خلافٍ في مسألة الصلح بما نحن فيه، ولا يعرف هذا لغيره، وهل يقضى من نصيب الحالف جميع الدين أم بالحصّة؟ قال في « الشامل »: يُبنى على أنّ الغريم هل يحلف؟ إن قلنا: نعم، لم يلزمه إلا قضاء حصّته، وإن قلنا: لا، بُني على أنّ من يحلف من الورثة هل يشارك الحالف؟ إن قلنا: نعم، قضى الجميع؛ لأننا أعطيناه حكم التركة، وإلا فبالحصّة.

هذا حكم نصيب الحالف، أمّا من لم يحلف، فإن كان حاضراً كامل الحال، ونكّل عن اليمين، ذكر الإمام أن حقه يئطل بالنكول، ولو مات، لم يكن لوارثه أن يحلف. وفي كتاب ابن كجّ ما ينازع فيه.

قال الإمام: ولو أراد وارثه أن يقيم شاهداً آخر، ليحلف معه، لم يكن له أيضاً، لكن هل يضم هذا الشاهد إلى الشاهد الأول [١٢٧٥ / أ]؛ ليحكم بالبيّنة؟ فيه احتمالان جاريان فيما لو أقام مدّع شاهداً في خصومة، ثم مات، فأقام وارثه شاهداً آخر، فيجوز أن يقال: له البناء عليه، ويجوز أن يقال: عليه تجديد الدعوى، وإقامة البيّنة، وأنه لو أقام الورثة شاهداً، وحلف معه بعضهم، ومات بعضهم قبل أن يحلف، أو ينكّل، كان لوارثه أن يحلف، لكن هل يحتاج إلى إعادة الدعوى والشاهد؟ فيه التردّد المذكور، والأصح أنه لا يحتاج. وإن كان الذي لم يحلف صبيّاً، أو مجنوناً، أو غائباً، نصّ الشافعي رحمته الله في المجنون أنه يوقف نصيبه. واختلفوا في معناه، فقال أبو إسحاق، وعامة الأصحاب: المراد أنّا نمتنع من الحكم في نصيبه، ويتوقف حتّى يفيق، فيحلف أو ينكّل، ولا يؤخذ نصيبه.

وقيل: أراد أنه يؤخذ نصيبه ويوقف، وهذا أحد قوليه أنّ الحيلولة هل تثبت بشاهد؟ والصبيّ والغائب كالمجنون.

وينبغي أن يكون الحاضر الذي لم يشرع في الخصومة، أو لم يشعر بالحال، كالمجنون في بقاء حقه بخلاف ما سبق في الناكل؛ فإن قلنا بالصحيح، وهو أنه لا يؤخذ نصيب المعذورين، فإذا زال عذرهم حلفوا، وأخذوا نصيبهم، ولا حاجة إلى إعادة الشهادة بخلاف ما لو كانت الدعوى لا عن جهة الإرث؛ بأن قال: أوصى

لي ولأخي الغائب، أو الصبي أبوك بكذا، أو اشتريت مع أخي الغائب منك كذا، وأقام شاهداً، وحلفَ معه؛ فإنه إذا قَدِمَ الغائب، وبلغَ الصبيُّ يحتاجان إلى تجديد الدعوى، وإعادة الشهادة، أو شاهدٍ آخر، ولا يؤخذُ نصيبيهما قبلَ ذلك؛ لأن الدعوى في الميراث عن شخصٍ واحدٍ، وهو الميت، وكذلك يُقضى دينه من المأخوذ، وفي غير الميراث، الدعوى والحقُّ لأشخاصٍ^(١)؛ فليس لأحدٍ أن يدَّعي، ويُقيم البينة عن غيره بغير إذن، أو ولاية.

ثم ما ذكرنا [في الميراث أنه لا حاجة إلى إعادة الشهادة مفروض] فيما إذا لم يتغيَّر حالُ الشاهد؛ فإنَّ تغيَّر، فوجهان.

أحدهما، وبه قال القائل: لا يَقْدَحُ، وللصبيِّ والمجنونِ والغائبِ إذا زال عذرهم أن يحلفوا؛ لأنه قد اتصل الحكمُ بشهادته، فلا أثر للتغيُّر.

والثاني، وهو اختيار الشيخ أبي عليٍّ: لا يحلفون؛ لأن الحكمَ اتصلَ بشهادته في حقِّ الحالفِ فقط، ولهذا لو رجعَ الشاهدُ لم يكن لهم أن يحلفوا، ولو مات الغائب أو الصبيُّ، فلوارثه أن يحلفَ، ويأخذَ حصَّته، فإن كان وارثه هو الحالف، لم تحسب يمينه الأولى.

ولو ادَّعى شخصٌ على ورثة رجلٍ أن مورثكم أوصى لي ولأخي، أو ولأجنبيٍّ بكذا، وأقام شاهداً، وحلفَ معه، وأخذَ نصيبه، لم يشاركهُ الآخر فيه بلا خلاف.

ثم ذكر الشيخ أبو الفرج أن مَنْ يحلفُ من الورثة على دين، أو عَيْنٍ للمورث يحلفُ على الجميع، لا على حصَّته فقط، سواء حلفَ كلُّهم أو بعضهم، وكذا الغريم والموصى له إذا قلنا: يحلفان، وفي كلام غيره إشعارٌ بخلافه، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أقامَ بعضُ الورثة شاهداً واحداً، وحلفَ معه، فأما إذا أقامَ بعضهم شاهدين، فإنه يثبت المدعى كلُّه، فإذا حضرَ الغائب من الورثة، أو بلغَ صبيُّهم، أو عَقَلَ [١٢٧٥ / ب] مجنونهم، أخذَ نصيبه، ولا حاجة إلى تجديد الدعوى، وإقامة البينة، وليتزعزع^(٢) القاضي بعد تمام البينة نصيب الصبيِّ والمجنون؛ ديناً كان، أو عيناً، ثم يأمر بالتصرُّف فيه بالغبطة؛ كي لا يضيعَ عينُ ماله.

(١) في المطبوع: « وألحق الأشخاص ».

(٢) في المطبوع: « ويتزعزع ».

وأما نصيب الغائب، فإن كان عيناً انتزعها، وكلام الأصحاب يقتضي أن هذا الانتزاع واجب، وهو الظاهر، لكن سبق في « باب الوديعة »: أن الغاصب لو حمل المصوب إلى القاضي والمالك غائب، ففي وجوب قبوله وجهان، فيجوز أن يعود ذلك الخلاف هنا، مع قيام البينة.

وإن كان المدعى ديناً، ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان فيمن أقرَّ لغائب بدين، وحمله إلى القاضي، هل على القاضي أن يستوفيه؟ والأصح في صورتين عدم الوجوب، وحكاه ابن كج في مسألتنا عن النص.

واعلم: أنه سبق في « كتاب الشركة » أن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من التركة^(١)، ولو قبض شاركه الآخر فيه، وقالوا هنا: يأخذ الحاكم نصيبه، كأنهم جعلوا غيبة الشريك غدراً في تمكين الحاضر من الانفراد.

ولو ادّعى على رجل أن أباه أوصى له ولفلان بكذا، وأقام شاهدين وفلان غائب، أو صبي، لم يؤخذ نصيب فلان بحال، وإذا حضر أو بلغ^(٢)، فعليه إعادة الدعوى والبينة؛ لما ذكرنا أن الدعوى في الإرث لشخص واحد.

فزع: لو كان للوارث الغائب وكيل، وقد أقام الحاضر البينة، قال أبو عاصم: يقبض الوكيل نصيب الغائب دون القاضي، فإن لم يكن، قبض القاضي، ويؤجر؛ لثلاً تفوت المنافع.

فصل: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين؟ إن قلنا: الملك فيه للواقف أو الموقوف عليه، فنعم، وإن قلنا: لله تعالى، فوجهان، أو قولان.

أحدهما: لا، وبه قال المزني، وأبو إسحاق، كالعتق.

والثاني: نعم، وبه قال ابن سريج، وابن سلمة. والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول، وينسبونه إلى عامة الأصحاب، لكن الثاني أقوى في المعنى، وهو المنصوص، وصححه الإمام، والبعوي، وغيرهما، وجزم به الغزالي.

ولو ادّعى ورثة ميت على رجل أنه غصب هذه الدار، وقالوا: كانت لأبينا،

(١) في (ظ): « الشركة ».

(٢) في المطبوع: « وبلغ ».

وَقَفَّهَا عَلَيْنَا، وَعَلَى فُلَانٍ، تَثَبُّتْ دَعْوَى الْغَضَبِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَيُثَبِّتُ بِهِمَا أَيْضاً الْوَقْفُ إِنْ أَثْبَتْنَاهُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَإِلَّا فَيُثَبِّتُ بِإِقْرَارِهِمْ.

ولو مات عن بَنَيْنَ، فَادَّعَى ثَلَاثَةٌ مِنْهُمْ أَنَّ أَبَاهُمْ وَقَفَ عَلَيْهِمْ هَذِهِ الدَّارَ، وَأَنْكَرَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ، فَأَقَامُوا شَاهِداً لِيَحْلِفُوا مَعَهُ؛ تَفْرِيعاً عَلَى ثُبُوتِ الْوَقْفِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، فَلَدَعُواهُمْ صَوْرَتَانِ.

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَدَّعُوا وَقْفَ تَرْتِيبٍ، فَيَقُولُوا: وَقَفَ عَلَيْنَا، وَبَعَدْنَا عَلَى أَوْلَادِنَا، وَعَلَى الْفُقَرَاءِ، فَلَهُمْ بَعْدَ إِقَامَةِ الشَّهَادَةِ^(١) ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ.

أَنْ يَحْلِفُوا جَمِيعاً، فَيُثَبِّتُ الْوَقْفُ، وَلَا حَقَّ لَسَائِرِ الْوَرَثَةِ فِي الدَّارِ، فَإِذَا انْقَرَضَ الْمَدَّعُونَ، أَخَذَ الْبَطْنُ الثَّانِي الدَّارَ وَقَفاً، وَهَلْ يَأْخُذُونَهُ بِيَمِينٍ، أَمْ بِلَا يَمِينٍ؟ وَجِهَانٍ، وَيُقَالُ قَوْلَانٍ. الْأَصْحَحُ عِنْدَ الْجُمْهُورِ: بِلَا يَمِينٍ، وَهُوَ ظَاهِرُ نَصِّهِ فِي «الْمَخْتَصَرِ».

وَإِذَا انْتَهَى اسْتِحْقَاقُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّلَاثِ وَالرَّابِعِ [١٢٧٦ / أ] عَادَ الْخِلَافُ، فَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُونَ بِيَمِينٍ فَكَانَ^(٢) الْحَقُّ بَعْدَ الْبَنِينَ الثَّلَاثَةِ لِلْفُقَرَاءِ، نَظَرٌ:

إِنْ كَانُوا مُحْصُورِينَ، كَفُقَرَاءِ قَرْيَةٍ وَمَحَلَّةٍ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مُحْصُورِينَ، فَهَلْ يَبْتَطُلُ الْوَقْفُ، وَتَعُودُ الدَّارُ إِرْثاً، أَمْ يَصْرَفُ إِلَيْهِمْ بِلَا يَمِينٍ، أَمْ يَصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ؛ بِنَاءً عَلَى تَعَدُّرِ مَصْرَفِهِ كَالْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ.

قُلْتُ: الْأَصْحَحُ يَأْخُذُونَ بِلَا يَمِينٍ، وَتَسْقُطُ هُنَا؛ لِتَعَدُّرِهَا، وَلَا يَبْتَطُلُ الْوَقْفُ بَعْدَ صَحَّتِهِ، وَوُجُودِ الْمَصْرَفِ، بِخِلَافِ الْمُنْقَطِعِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

ولو ماتَ أَحَدُ الْحَافِلِينَ، صَرَفَ نَصِيْبِهِ إِلَى الْآخَرِينَ، فَإِنْ مَاتَ آخَرُهُ، صَرَفَ الْجَمِيعُ إِلَى الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْقَاقُ الْبَطْنِ الثَّانِي إِنَّمَا هُوَ بَعْدَ انْقِرَاضِ الْأَوَّلِينَ. ثُمَّ أَخَذَ الْآخَرِينَ يَكُونُ بِلَا يَمِينٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَقِيلَ: وَجِهَانٍ، كَالْبَطْنِ الثَّانِي.

الْحَالُ الثَّانِي: أَنْ يَنْكَلُوا جَمِيعاً عَنِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَالِدَارُ تَرَكَّةٌ، يَقْضَى

(١) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «الْبَيِّنَةُ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٣ / ١٠٢).

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «مَكَانٌ».

منها الدَّيْنُ، والوصيَّةُ، ويقسَّمُ الباقي بين الورثة، وتكون حصَّةُ المدعين وَفْقاً بإقرارهم، وحصَّةُ سائر الورثة طلقاً لهم، فإذا مات المدَّعون، لم يصرف نصيبهم إلى أولادهم على سبيل الوقف إلاَّ بيمينٍ على الأصحَّ، وقيل: يصرف إليهم وَفْقاً بلا يمين.

ولو أراد الأولادُ أَنْ يحلفوا ويأخذوا جميعَ الدار وَفْقاً، فلهم ذلك على الأظهر؛ لأنهم أصحابُ حقٍّ، فإذا أَبْطَلَ آبَاؤُهُمْ حَقَّهُمْ بالنكول، فلهم أَنْ لا يُبطلوا حَقَّهُمْ، ويجري القولان، سواء قلنا: لو لم يحلفوا لا يكون شيء منها وَفْقاً، أم قلنا: حصَّةُ الأولين تبقى وَفْقاً، وإن لم يحلفوا، وهل يجري القولان في حياة الأولين إذا نكَلُوا؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لبطلان حَقَّهُمْ، وتعدُّرِ الصرف إليهم بنكولهم، كما لو ماتوا.

وأصحُّهما: لا؛ لأن استحقاقَ البطنِ الثاني شرطُهُ انقراضُ الأول.

الحالُّ الثالثُ: أَنْ يحلفَ بعضهم دون بعض، فإذا حلفَ واحدٌ، ونكَلَّ اثنان، أخذَ الحالفُ الثُلثَ وَفْقاً، وأما الباقي، فهو تركَةٌ تُقضى منه^(١) الديونُ والوصايا، فما فَضِّلَ، ففيه وجهان. قال في « الشامل »: يقسَّمُ بين جميعِ الورثة، فما خصَّ البنين الثلاثة كان وَفْقاً على الناكِلين؛ لأنَّ الحالفَ معترفٌ لهما بذلك، والأصحَّ، وبه قطع المَحَامِلِيُّ، والبَغَوِيُّ، وغيرُهما: أنه يقسَّمُ بين المنكرين من الورثة واللَّذين نكلا دون الحالف؛ لأنه مُقَرَّرٌ بانحصارِ حَقِّهِ فيما أخذ. ثم حصَّةُ الناكِلين تكون وَفْقاً بإقرارهما، فإذا مات الناكِلان، والحالفُ حيٌّ، فنصيبُهُما للحالف على ما شرطَ الواقِفُ بإقرارهما، وفي اشتراطِ يمينِهِ الوجهان، فإذا مات الحالفُ، فلاستحقاقُ للبطنِ الثاني، وفي حَلِفِهِم الخلافُ السابق، وإن كان الحالفُ ميتاً عند موتِ الناكِلين، فأرادَ أولادُهُما أَنْ يحلفوا، فعلى القولين السابقين في أولاد الجميع إذا نكَلُوا، الأظهرُ: لهم الحَلِفُ، وفي نصيبِ الحالفِ الميت قبلهما ثلاثة أوجُهٍ:

أحدها: يصرفُ إلى الناكِلين، فعلى هذا: في حَلِفِهِما الخلافُ. فإن قلنا: يحلفان، فنكلاً سقطَ هذا الوجه.

والثاني: يصرف إلى البطن الثاني، وهو الأصح عند الجمهور، وهو ظاهر إشارته في « الأم »؛ لأنهما أبطلا حَقَّهُما بنكولهما، وصارا كالمعدومين.

والثالث: أنه وقف تعذر مَصْرِفُهُ، فعلى هذا: [١٢٧٦ / ب] هل يبطل أم يبقى؟ وإذا بقي فهل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، أم كيف حاله؟ فيه خلاف سبق في الوقف بتفريعه، والمذهب: أنه يبقى وَقْفًا، ويصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، فعلى هذا: إذا زال التعذر بموت الناكِلين، صرف إلى البطن الثاني، ويجيء في حَلِفِ أقرب الناس - إذا قلنا: يصرف إليهم - الخلاف.

فَرَعٌ: إذا تصادقت الورثة على أَنَّ الدارَ وَقَفَ أبيهم، ثَبَتَ الوقْفُ، ولا حاجة إلى شاهدٍ ويمينٍ.

فَرَعٌ: ادَّعُوا على رجل داراً في يده أنه وَقَفَهَا عليهم، أو على ورثة أَنْ مورَثهم وَقَفَهَا عليهم، وأقاموا شاهداً، نَظَرُ:

أَحْلَفُوا^(١) مع شاهديهم، أَمْ نَكَلُوا، أَمْ حَلَفَ بعضهم، وَنَكَلَ بعضهم؟ وتجيء الأحوال الثلاثة كما سبق، لكن حيث جعلنا كُلَّ المدَّعى، أو بعضه تركةً هناك ترك هنا في يَدِ المدَّعى عليه.

الصورة الثانية: أَنْ يدَّعُوا وَقَفَ تَشْرِيكَ، فيقول البنون الثلاثة في المثال المذكور: هو وَقَفَ علينا وعلى أولادنا، وأولاد أولادنا ما تناسلنا، فإذا انقرضنا، فعلى الفقراء، وأقاموا^(٢) بذلك شاهداً؛ فَإِنْ^(٣) حلفوا معه أخذوا الدار وَقَفًا. ثم إذا حَدَثَ لأحدهم وَلَدٌ، فَمُقْتَضَى الوقفِ شَرِكته، فيوقف رُبُعَ الغَلَّةِ إلى أَنْ يبلغَ، فيصرف إليه إِنْ حَلَفَ، ولم يجعلوه على الخلاف في أن البطن الثاني، هل يحتاجون إلى يمين إذا حلف البطن الأول؟ بل جَزَمُوا باحتياجه إلى اليمين بعد البلوغ إلَّا السَّرْخَسِيَّ، فحكى فيه وجهاً.

ثم إِنْ الرُّبُعُ الموقوف، هل يوقف في يد البنين الثلاثة، أم ينتزع، ويجعله في يد أمين؟ وجهان.

(١) في (ظ): « إِنْ حلفوا ».

(٢) في المطبوع: « فَأقاموا ».

(٣) في المطبوع: « وَإِنْ ».

أصْحُهُمَا: الثاني، فَإِنْ نَكَلَ بعد بلوغه صرفَ الموقوف إلى الثلاثة، وجعل كأنه لم يولد، هذا هو المنصوص، وبه قال الجمهور.

وَحُكِيَ وجه، أو تخريج: أَنَّ نَصِيبَ المولودِ وَقَفْتُ مَصْرْفُهُ، فيجيء فيه ^(١) الخلاف السابق؛ لأن الثلاثة معترفون بأنه له، فكيف يأخذونه بامتناعه باليمين ولو مات بعد البلوغ والنكول، لم يستحقها؟!

فَأَمَّا رَقَبَةُ الوقفِ وغلَّتْها بعد موتِ الولدِ، فَمُقْتَضَى الشرط أَنَّ يستغرقها الثلاثة الحالفون، وليس عليهم تجديدُ يمينٍ على المذهب، وكأن المولود لم يكن.

ولو ماتَ أَحَدُ الحالفين في صِغَرِ الولدِ وقَفَ من يوم موته للولد ثلث الغلة؛ لأن المستحقين صاروا ثلاثة؛ فَإِنْ بلغَ وحلفَ، أخذَ الرُّبْعَ والثلث الموقوفين، وَإِنْ نَكَلَ صرفَ الربع إلى الابنين الباقيين وورثة الميت، وصرفَ الثلث إلى الباقيين خاصة، ويعودُ فيه التخريج السابق.

ولو بلغَ الولدُ مجنوناً أَدَمْنَا الوقفَ؛ طمعاً في إفاقته، فَإِنْ ولد له قبل أن يُفِيقَ وقَفَ له الخُمُسُ، وللمولود الخُمُسُ من يوم ولادة الولد، فَإِنْ أفاقَ المجنونُ، وبلغ ولده، وحلفاً، أخذَ المجنونُ الرُّبْعَ من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده، والخُمُسُ من يومئذ، وأخذ ولده الخُمُسُ من يومئذ.

ولو مات المجنونُ في جُنُونِهِ بعدما وُلِدَ له ^(٢)، فالغلة ^(٣) الموقوفة لورثته إذا حلفوا، ويوقَفُ لولده من يوم موته ^(٤) رُبْعُ الغلة، هذا كله إذا حلف المدَّعون الثلاثة أولاً؛ [١٢٧٧ / ١] فَإِنْ نكلوا عن اليمين مع الشاهد، فلمن حَدَثَ بعدهم أَنْ يحلفَ بلا خلاف؛ لأنه شريكُ الأولين بتلقِّي الوقف من الواقف لا محالة، وَإِنْ حلفَ بعضهم دون بعض، أخذَ الحالف نصيبه، وبقي الباقي على ما كان. وبالله التوفيق.



(١) كلمة: « فيه » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « وله »، الواو إقحام ناسخ.

(٣) في المطبوع: « فالقلة »، تحريف.

(٤) في المطبوع: « ثبوته »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٠٨).

الباب الخامس في الشهادة على الشهادة

هي مقبولة في غير العقوبات، كالأموال، والأنكحة، والبيع، وسائر العقود، والفُسُوح، والطلاق، والعناق، والرّضاع، والولادة، وعُيوب النساء، سواء حقّ الآدمي، وحقّ الله تعالى، كالزكاة، ووقف المساجد، والجهات العامة.

وأما العقوبات، فالمذهب: القَبُول في القصاص، وحدّ القذف، والمنع في حدود الله تعالى. قال ابنُ القاصّ: والإحصان كالحَدّ.

ولو شهد اثنان على شهادة آخرين أنّ الحاكمَ حَدّ فلاناً، قُبِلَتْ بلا خلاف، ذكره ابنُ الصّبّاغ؛ لأنه حقّ آدمي؛ فإنه إسقاط حدّ عنه، ثم في الباب أربعة أطراف.

الأول: في تحمّلها، وإنما يجوزُ التحمّل إذا علم أنّ عند الأصل شهادة جازمة بحقّ ثابت، ولمعرفته أسباب.

أحدها: أن يسترعيه الأصل، فيقول: أنا شاهدٌ بكذا، وأشهدتك على شهادتي، أو يقول: أشهدك، أو أشهد على شهادتي بكذا، أو يقول: إذا استشهدت على شهادتي، فقد أذنتُ لك في أن تشهد، أما إذا سمع إنساناً يقول: لفلانٍ على فلان كذا، أو أشهد أنّ لفلانٍ على فلانٍ كذا، لا على صورة أداء الشهادة، فلا يجوزُ أنّ يشهد على شهادته؛ لأن الناس قد يتساهلون في إطلاق ذلك على عدّة، ونحوها، وكذا لو قال: عندي شهادةٌ بكذا، فلو قال: عندي شهادةٌ مجزومةٌ أو شهادةٌ أبُتُّها^(١)

(١) في المطبوع: «أبُتُّها»، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ١١٣): «أدبُتها».

أو لا أتمارى فيها، وما أشبه ذلك، فوجهان.

أصْهُمَا، وأوقفهما لإطلاق الأكثرين: المنع أيضاً.

ويشترط تعرُّض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلم، أو أخبر، أو أستيقن، لم يكف، كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ؛ فإنَّ القاضي لا يحكم بها.

قال الإمام: وأبعد بعضُ الأصحاب، فأقام اللفظ الذي لا تردُّد فيه مقامَ لفظ الشهادة.

ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على شهادتي، وعن شهادتي، لكنَّه أتم، فقوله: أشهدك على شهادتي تحمیلٌ، وقوله: عن شهادتي إذن في الأداء كأنه قال: أدها عني، ولإذنه أثرٌ، ولهذا لو قال بعد التحمُّل: لا تؤدِّ عني، امتنع عليه الأداء، وقيل: يشترط ذلك في الاسترعاء، حكاه ابن الصَّبَّاح، وإذا حصل الاسترعاء، لم يختصَّ التحمل بمن استرعه.

السَّبَبُ الثَّانِي: أن يسمعه يشهد عند القاضي؛ أن فلانٍ على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته وإن لم يَسْتَرْعه؛ لأنه لا يتصدَّى لإقامة الشهادة عند القاضي إلاَّ تحقق الوجوب^(١)، وللقاضي أيضاً أن يشهد على شهادته عند قاضٍ آخر، والشهادة عند المحكم كالشهادة عند القاضي، سواء جَوَّزنا التحكيم أم لا. وقال الإصطخري: إنما تجوز إذا جَوَّزناه، والصحيح: الأول؛ لأنه لا يشهد عند المُحَكِّم إلاَّ وهو جازم بثبوت المشهود به.

السَّبَبُ الثَّالِثُ: أن يبين سبب الوجوب، فيقول: أشهد [١٢٧٧ / ب] أن فلانٍ على فلانٍ كذا من ثمن مبيع، أو قرض، أو أرشٍ جنائية، فتجوزُ الشهادة على شهادته، وإن لم يشهد عند القاضي، ولم يؤخذ منه استرعاء؛ لأنَّ الإسناد إلى السبب يقطع احتمال الوعد والتساهل، هذا ما يوجد لعامة الأصحاب، ونقل الشيخ أبو حاتم القزويني وجهاً: أنَّ الإسناد إلى السبب لا يكفي للتحمُّل، ووجهاً أنَّ الشهادة عند القاضي لا تكفي أيضاً؛ بل يشترط الاسترعاء، والصحيح: ما سبق.

(١) (فتح العزيز: ١٣ / ١١٣): «إلا بعد تحقق الوجوب».

فَرَعٌ: إذا قال: عَلَيَّ لِفُلَانٍ^(١) أَلْفٌ، فوجهان.

قال أبو إسحاق: لا يجوزُ أَنْ يشهدَ عليه بهذا القَدْرِ؛ بل يشترطُ مع ذلك قرينة تشعرُ بالوجوب؛ بأنَّ يسندَهُ إلى سببٍ، فيقول: من ثمنٍ مبيعٍ، أو يَسْتَرِعِيهِ، فيقول: فاشهد عَلَيَّ به.

والثاني، وهو الصحيح: أَنْ^(٢) مجرد الإقرار كافٍ للتحمُّل بخلاف الشهادة على الشهادة؛ لأن الشهادة يعتبرُ فيها ما لا يعتبرُ في الإقرار، ولهذا يقبلُ إقرارُ الفاسق، والمُغفَّل، والمجهول دون شهادتهم.

فَرَعٌ: الفرعُ عند أداء الشهادة يبيِّنُ جهةَ التحمُّل؛ فإنَّ استرعاه الأَصْلُ، قال: أشهدُ أَنَّ فلاناً شهدَ أَنَّ لِفُلَانٍ على فلانٍ كذا، وأشهدني على شهادته، وإن لم يَسْتَرِعِهِ، بين أنه شهد عند القاضي أو أنه أسند المشهودَ به إلى سببٍ، قال الإمام: وذلك لأنَّ الغالبَ على الناسِ الجهلُ بطريق التحمُّل؛ فإنَّ كان ممن يعلمُ، ووثقَ به القاضي، جاز أن يكتفى بقوله: أشهدُ على شهادة فلانٍ بكذا، ويستحبُّ للقاضي أَنْ يسأله: بأيِّ سببٍ ثبتَ هذا المالُ، وهل أخبركَ به الأَصْلُ؟ هذا إذا لم يبيِّن السببَ.

الطَّرْفُ الثاني: في صِفاتِ شاهِدِ الأَصْلِ، وما يطرأ عليه: لا يصحُّ تحمُّل الشهادةِ على شهادةٍ فاسِقٍ، أو كافرٍ، أو عبدٍ، أو صبيٍّ، أو عَدُوٍّ؛ لأنهم غيرُ مقبُولي الشهادة، فلو تحمَّلَ والأصل بصفات الشهود، ثم طرأ ما يمنع قبولها، أو الوصول إليها، نُظِرَ:

إن كان الطارئُ موتاً، أو غيبَةً، أو مرضاً، لم يؤثرْ، وإن عَرَضَ فسقٌ، أو عداوةٌ، أو رِدَّةٌ، لم تُقبَلْ شهادةُ الفرع ما دامت هذه الأحوالُ بالأَصْلِ، فإن زالت، هل يشهدُ الفرعُ بالتحمُّلِ الأولِ، أم يشترطُ تحمُّلٌ جديد؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني، قاله ابنُ سُرَيْجٍ، وصحَّحه الإمامُ.

ولو حدثَ الفسقُ، أو الرِدَّةُ بعد الشهادة، وقبلَ القضاء امتنعَ القضاء.

(١) في (ظ): «لِفُلَانٍ عَلَيَّ».

(٢) في (ظ): «أنه».

ولو طرأ على الأصل جُنون، فقليل: تبطل شهادة الفرع، كالفسق، والصحيح الذي قاله الجمهور: لا أثر له، كالموت؛ لأنه لا يوقع ريباً فيما مَضَى، ويجري الوجهان فيما لو عَمِيَ، وأولى بأن لا يؤثر؛ لأنه لا يبطل أهلية الشهادة بالكلية.

ولو أغمي عليه، قال الإمام: إن كان غائباً لم يؤثر، وإن كان حاضراً، لم يشهد الفرع؛ بل ينتظر زواله؛ لأنه قريب الزوال، ومقتضى هذا: أن يكون الجواب^(١) كذلك في كلٍّ مَرَضٍ يتوقع زواله، كتوقع زوال الإغماء.

قلت: ليس كما قال الرافعي رحمته الله؛ بل الصواب: أن المرض لا يلحق بالإغماء، وإن توقع زواله قريباً؛ لأن المريض أهلٌ للشهادة بخلاف المغمى عليه. والله أعلم.

ولا أثر لحدوث شيء [١٢٧٨ / أ] من هذه المعاني بعد القضاء، وكذا لو شهد الفرع في غيبة الأصل، ثم حضر بعد القضاء، لم يؤثر، وإن حضر قبله، امتنع القضاء؛ لحصول القدرة على الأصل. وكذا لو كذب الأصل الفرع قبل القضاء، امتنع القضاء، والتكذيب بعده لا يؤثر.

ولو قضى القاضي بالفرع، ثم قامت بينة بأن الأصل كذب الفرع قبل القضاء، فالقضاء منقوض، ذكره الإمام.

فَرْعٌ: هذا الذي سبق حكم صفة الأصل، أمّا الفرع، فلو تحمّل الشهادة، وهو عبدٌ، أو صبيٌّ، أو فاسق، أو آخرس، صحَّ تحمُّله، كتحمّل الأصل في هذه الأحوال، ثم الأداء يكون بعد زوالها.

فَرْعٌ: لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجال، ولا مدخل للنساء فيها، وإن كانت الأصول أو بعضهم نساءً، وكانت الشهادة في ولادة، أو رضاع، أو مال؛ لأنَّ شهادة الفرع تثبت شهادة^(٢) الأصل، لا ما شهد به الأصل، ونفس الشهادة ليست بمال، ويطلع عليها الرجال. وحكى ابن كَجَّ وجهاً في الولادة، وهو شاذٌّ.

الطرف الثالث: في عدد شهود الفرع، فإن شهد اثنان على شهادة أصل،

(١) في المطبوع: «الجواز».

(٢) كلمة: «شهادة» ساقطة من المطبوع.

وآخران على شهادة الثاني، فقد تم النصاب، ولو شهد فرع على أصل، وفرع آخر على شهادة الأصل الثاني، لم يصح قطعاً.

ولو شهد فرعان على شهادة الأصلين معاً، ففي قبوله قولان.

أظهرهما: الجواز، وهو الذي رجّحه العراقيون، والإمام، والغزالي، والرويانئي، وصاحب « العُدَّة »، وخالفهم البغوي، والسرخسي، فإن قلنا بالمنع، فأقام شاهدين على شهادة الأصلين معاً، فله أن يحبسهما على أيهما [شاء]^(١)، ويحلف معه.

ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين، جاز على الصحيح، وجميع ما ذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين، فعلى قول المنع في الاثنين: يشترط ستة، يشهد كل اثنين منهم على شهادة واحد، وعلى الأظهر: يكفي اثنان للجميع، وعلى ما نقله ابن كجب في قبول النساء على النساء في الولادة، هل يكفي شهادة أربع على شهادة أربع، أم يشترط ست عشرة؛ ليشهد كل أربع على واحدة؟ وجهان.

ولو شهد على شهادة الفروع فروع، وشرطنا أن يشهد فرعان على كل أصل، وجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة اثنان، فيجتمع ثمانية. ثم شهادتهم لا تثبت إلا بستة عشر، وعلى هذا القياس.

وإذا أجرينا الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى، فهل تثبت الشهادة على شهود الزنى بأربعة، أم يكفي اثنان؟ قولان، كالقولين في الإقرار بالزنى، فإن اكتفينا باثنين، وجوّزنا شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً، كفى اثنان. وإن شرطنا لكل أصل اثنين، اشترط ثمانية، وإن شرطنا في الشهادة على الشهادة في الزنى أربعة، فإن جوّزنا شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً، كفى أربعة على الأصول الأربعة، وإن شرطنا أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان، اشترطنا هنا ستة عشر، كل أربع على أصل.

الطرف الرابع: في أنَّ شهادة الفروع متى تسمع ؟ وإنما تسمع إذا تعذر الوصول إلى شهادة الأصل، أو تعسر [١٢٧٨ / ب]، وقيل: تقبل شهادة الفرع مع حضور الأصل، كالرواية، والصحيح: [الأول]؛ لأنَّ باب الرواية واسع، ولهذا تقبل من المرأة والعبد، والشهادة على الشهادة جُوزت للضرورة، ولا ضرورة هنا.

فمن وجوه التعذر: الموت، والعمى، ومن التعسر: المرض. ولا يشترط أن لا يمكنه الحضور، وإنما المعتبر أن يناله بالحضور مشقة ظاهرة، ويلحق خوف الغريم وسائر ما تترك به الجمعة بالمرض، هكذا أطلق الإمام، والغزالي، وليكن ذلك في الأعذار الخاصة دون ما يعمُّ الأصل والفرع، كالمطر، والوَحْل الشديد، ولا يكلف القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل، أو يبعث نائبه إليه؛ لما فيه من الابتذال.

ومنها: الغيبة إلى مسافة القصر، فإن كانت دون مسافة القصر، فمنهم من أطلق وجهين، منهم ابن القطان، والأصح أنه إن كانت المسافة بحيث لو خرج الأصل بُكْرَةً لأداء الشهادة، أمكنه الرجوع إلى أهله ليلاً، لم تسمع شهادة الفرع، وتُسَمَّى هذه مسافة العُدوى، وإن كانت بحيث لا يمكنه الرجوع فهو موضع الوجهين، أصحُّهما^(١): تسمع.

فصل: يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم؛ لأنه لا بُدَّ من معرفة عدالتهم، ولا تعرف عدالتهم ما لم يعرفوا. ولو وصفوهم بالعدالة ولم يسموهم؛ بأن قالوا: نشهد على شهادة عدلين، أو عُدول، لم يكف؛ لأن القاضي قد يعرف جرحهم لو سمَّوهم، ولأنه ينسُدُّ باب الجرح على الخصم.

ولا يشترط في شهادة الفرع تزكية شهود الأصل؛ بل لهم إطلاق الشهادة، ثم القاضي يبحث عن عدالتهم، وحكى البغوي وجهاً في اشتراطها، والصحيح: الأول.

وحكي وجه: أنه يشترط أن يقول الفروع: أشهدنا على شهادته، وكان عدلاً إلى اليوم، أو إلى أن مات؛ تفريعاً على ما سبق أنه لو فسق الأصل، ثم تاب، لم يكن

للفرع أَنْ يشهدَ على شهادته إِلَّا بإشهاد جديد، والصحيحُ عدم الاشتراطِ . فإن قلنا بالصحيح أنه لا يشترطُ في شهادة الفرع تزكية الأصل، فلو زكّوهم وهم بصفات المزكّين، فالمذهب، وبه قطع الجمهور: أنه تقبلُ تزكيّتهم، وثبتُ عدالتهم. والمعروف فيما لو شهد اثنان في واقعة، وزكّى أحدهما الآخر أنه لا تثبتُ عدالتهُ الثاني، فمنهم من جعلهما^(١) على وجهين بالتخريج، والمذهبُ الفرقُ: أن تزكية الفروع الأصول من تتمّة شهادتهم، ولذلك شرطُ بعضهم التعرّض لها، فقبلت، وهناك قام الشاهد المزكّي بأحدِ شطري الشهادة، فلا يصحُّ قيامُهُ بالثاني، ولا يشترطُ أَنْ يتعرضَ الفروع في شهادتهم، لصدق الأصول؛ لأنهم لا يعرفونه بخلاف ما إذا حلفَ المدعي مع شاهدهِ حيثُ يتعرض لصدقهِ؛ لأنه يعرفه . وبالله التوفيقُ .



(١) في المطبوع: « جعلها » .

الباب السادس في الرجوع عن الشهادة

رُجوعُ الشهود عن الشهادة؛ إمَّا أَنْ يَقَعَ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِشهادتهم، وإمَّا بَعْدَهُ.

الحالة الأولى: قَبْلَهُ، فيمتنع ^(١) القضاء. ثم إن اعترفوا بتعمُّد الكذب، فهم فسقةٌ يستتروا، وإن قالوا: غَلَطْنَا، لم يفسقوا، لكن لا تقبلُ تلك الشهادة إن أعادوها، وإن كانوا شهدوا بالزنى، فرجعوا، واعترفوا بالتعمُّد، فسقوا، وحُدُّوا حَدُّ القذف، وإن قالوا: غَلَطْنَا، ففي حَدِّ القذف وجهان.

أحدهما: المنع؛ لأنهم معذرون.

وأصحُّهما: يجب؛ لما فيه مِنَ التَّغْيِيرِ، وكان حقُّهم أَنْ يَتَبَيَّنُوا ^(٢)، فعلى هذا: تردُّ شهادتهم، وإن قلنا: لا حَدَّ، فلا رَدَّ ^(٣). ولو ^(٤) قال الشهود للقاضي بعد الشهادة: توقَّف في القضاء، وجب التوقُّفُ، فإن قالوا بعد ذلك: أقض، فنحن على شهادتنا، ففي جَوَازِ القضاء بِشهادتهم وجهان.

أصحُّهما: الجوازُ، فعلى هذا: هل تجبُ إعادةُ الشهادة؟ وجهان، أصحُّهما: لا؛ لأنهم جَزَمُوا بِهَا، والشكُّ الطارئُ زَالٌ.

الحالة الثانية: إذا رَجَعُوا بَعْدَ الْقَضَاءِ، فرجوعُهم إمَّا قَبْلَ الاستيفاءِ، وإمَّا بَعْدَهُ؛ فَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ، نُظِرَ:

(١) في المطبوع زيادة: « من ».

(٢) في (أ)، والمطبوع: « يَتَبَيَّنُوا ».

(٣) في (أ)، والمطبوع: « فلا ترد ».

(٤) في المطبوع: « وإن ».

إِنْ كَانَتْ الشَّهَادَةُ فِي مَالٍ، اسْتَوْفَى عَلَى الصَّحِيحِ الْمَنْصُوصِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي قِصَاصٍ، أَوْ حَدِّ الْقَذْفِ، لَمْ يَسْتَوْفَ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهَا عَقُوبَةٌ تَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ، وَالرَّجُوعِ شَبْهَةً بِخِلَافِ الْمَالِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَتَأَثَّرُ بِالشُّبْهَةِ، وَوَجْهُ الْجَوَازِ: أَنَّ حَقُوقَ الْآدَمِيِّينَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الصِّيقِ، وَإِنْ كَانَتْ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى لَمْ تَسْتَوْفَ، وَقِيلَ: كَالْقِصَاصِ.

وَإِنْ كَانَتْ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعُقُودِ أَمْضِيَ عَلَى الْأَصَحِّ، وَقِيلَ: النِّكَاحُ كَحَدِّ الْقَذْفِ، وَحَيْثُ قُلْنَا بِالِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، فَاسْتَوْفَى، فَالْحُكْمُ كَمَا لَوْ رَجَعُوا بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ، أَمَّا إِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الْاسْتِيفَاءِ، فَلَا يَنْقُضُ الْحُكْمَ.

ثُمَّ قَدْ تَكُونُ الشَّهَادَةُ فِيْمَا يَتَعَذَّرُ تَدَارُكُهُ وَرَدُّهُ، وَقَدْ تَكُونُ فِيْمَا لَا يَتَعَذَّرُ، فَهَمَا ضَرْبَانِ.

الأول: المتعذر، وهو نوعان.

أَحَدُهُمَا: الْعُقُوبَاتُ، فَإِذَا شَهِدُوا بِقَتْلِ^(١)، فَاقْتَصَّ مِنَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، ثُمَّ رَجَعُوا، وَقَالُوا: تَعَمَّدْنَا قَتْلَهُ، فَعَلَيْهِمُ الْقِصَاصُ، أَوْ الدِّيَةُ الْمَغْلُظَةُ مُورَعَةً عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، كَمَا سَبَقَ فِي «الْجَنَايَاتِ». وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ شَهِدُوا بِالرَّدَّةِ، فَقُتِلَ، أَوْ بَزْنَى الْمُحْصَنِ، فَرُجِمَ، أَوْ عَلَى بَكْرٍ، فَجُلِدَ، وَمَاتَ مِنْهُ، أَوْ بِسَرْقَةٍ، أَوْ قَطْعٍ، فَقُطِعَ، أَوْ بِقَذْفٍ، أَوْ شُرْبٍ، فَجُلِدَ، وَمَاتَ مِنْهُ، ثُمَّ رَجَعُوا.

وَيَحْدُثُونَ فِي شَهَادَةِ الزَّانِي، وَحَدِّ الْقَذْفِ أَوَّلًا، ثُمَّ يُقْتَلُونَ، وَهَلْ يَرْجَمُونَ أَمْ^(٢) يُقْتَلُونَ بِالسَّيْفِ؟ فِيهِ احْتِمَالَانِ، ذَكَرَهُمَا أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ، وَالصَّحِيحُ: الْأَوَّلُ.

ثُمَّ هُنَا صَوْرَةٌ.

إِحْدَاهَا: لَوْ رَجَعَ الْقَاضِي دُونَ الشُّهُودِ، وَقَالَ: تَعَمَّدْتُ، لِزِمَةِ الْقِصَاصِ، أَوْ الدِّيَةِ الْمَغْلُظَةِ بِكَمَالِهَا^(٣).

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «بِالْقَتْلِ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَوْ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَبِكَمَالِهَا».

ولو رجع القاضي والشهود جميعاً، لزمهم القصاص، وإن قالوا: أخطأنا، أو عفا على مال، فالدية مُنَصَّفَةٌ: عليه نصفُها، [وعليهم نصفُها] ^(١) هكذا نقله البغوي، وغيره، وقياسه أن لا يجب كمالُ الدية عند رجوعه وحده، كما لو رجع بعضُ الشهود.

ولو رجع وليُّ الدم وحده، لزمه القصاص، أو كمالُ الدية.

ولو رجع مع الشهود، فوجهان.

أصحُّهما عند الإمام: أن القصاص، أو كمالُ الدية على الولي؛ لأنه المباشر، وهم معه كالممسك مع القاتل.

وأصحُّهما عند البغوي: أنهم معه، كالشريك؛ لتعاونهم على القتل، لا كالممسك؛ لأنه جعلهم كالمحققين، فعلى هذا: على الجميع القصاص، أو الدية: نصفُها على الولي، ونصفُها على الشهود.

ولو رجع القاضي معهم، فالدية مُثَلَّثَةٌ: ثلثُها على القاضي، وثلثُ على الولي، وثلثُ على الشهود، وينبغي على هذا الوجه: أن لا يجب كمالُ الدية على الولي إذا رجع وحده.

قلت: لم يُرجَّحِ الرافعي واحداً من الوجهين؛ [١٢٧٩ / ب] بل حكى اختلاف الإمام، والبغوي في الصحيح. والأصحُّ ما صحَّحه الإمام ^(٢)، وقد سبق في أول «كتاب الجنایات» من هذا الكتاب القطعُ به، فهو الأصحُّ نقلاً ودليلاً. **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

الثانية: هل يتعلَّق بالمزكي الرافع قِصاص وضمان؟ فيه أوجه.

أحدها: لا؛ لأنه لم يتعرَّض للمشهود عليه، وإنما أثنى على الشاهد، والحكم يقعُ بالشاهد، فكان كالممسك مع القاتل.

وأصحُّهما: نعم؛ لأنه بالتزكية ألجأ القاضي إلى الحكم المُفْضِي إلى القتل.

والثالث: يتعلَّق به الضمان دون القِصاص.

(١) ما بين حاصرتين من (أ)، وفي المطبوع: «فالدية منصفة، عليهما نصفها، وعليه نصفها».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٦٠).

قال القفال: الخلاف فيما إذا قال المزكّيان: علمنا كذب الشاهدين، فإن قالوا: علمنا فسقهما، فلا شيء عليهما؛ لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق، وطرد الإمام الخلاف في الحاليين.

الثالثة: ما ذكرنا من وجوب القصاص على الشهود الراجعين، هو فيما إذا قالوا: تعمّدنا، فلو قالوا: أخطأنا، وكان الجاني أو الزاني غيره، فلا قصاص، وتجب الدية مخففة، وتكون في مالهم؛ لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة، فإن صدقهم العاقلة، فهي على العاقلة.

قال الإمام: وقد يرى القاضي والحالة هذه تعزيز الشهود؛ لتركهم التحفظ.

ولو قال أحد شاهدي القتل: تعمّدت، ولا أدري أتعمّد صاحبي، أم لا؟ أو اقتصر^(١) على قوله: تعمّدت، وقال صاحبه: أخطأت، فلا قصاص على واحد منهما؛ لأنّ شريك المخطئ، لا قصاص عليه، وقسط المخطئ من الدية يكون مخففاً، وقسط المتعمّد يكون مغلظاً.

ولو قال كل واحد: تعمّدت، وأخطأ صاحبي، فوجهان.

أحدهما: يجب القصاص؛ لاعترافهما بالعمدية.

وأصحهما: المنع، ولا خلاف أنّ الدية تجب عليهما مغلظة.

ولو قال أحدهما: تعمّدت، وأخطأ صاحبي، أو قال: ولا أدري: أتعمّد صاحبي، أم أخطأ؟ وصاحبه غائب أو ميت، فلا قصاص.

ولو قال: تعمّدت وتعمّد صاحبي، وصاحبه غائب، أو ميت، لزمت القصاص.

ولو قال: تعمّدت، ولا أعلم حال صاحبي، وقال صاحبه مثله، أو اقتصر على قوله: تعمّدت، لزمهما القصاص، ذكره البغوي وغيره.

ولو قال أحدهما: تعمّدت أنا وصاحبي، وقال الآخر: أخطأت أو أخطأنا معاً، فلا قصاص على الثاني، ويلزم الأول على الأصح.

ولو قال أحدهما: تعمّدت وتعمّد صاحبي، وقال صاحبه: تعمّدت وأخطأ هو،

وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الثَّانِي عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْتَرَفْ إِلَّا بِشَرَكَةٍ مُخْطِئٍ.

وَلَوْ رَجَعَ أَحَدُ الشَّاهِدِينَ، وَأَصْرَ الْآخَرَ، وَقَالَ الرَّاجِعُ: تَعَمَّدْتُ، لَزِمَهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: تَعَمَّدْتُ، فَلَا.

الرابعة: مَا ذَكَرْنَا مِنْ وُجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى الشُّهُودِ الرَّاجِعِينَ فِيهَا إِذَا قَالُوا: تَعَمَّدْنَا، وَعَلِمْنَا أَنَّهُ يَقْتُلُ؛ بِشَهَادَتِنَا، فَإِنْ قَالُوا: تَعَمَّدْنَا، وَلَمْ نَعْلَمْ أَنَّهُ يَقْتُلُ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ مَنْ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَلَا اعْتِبَارَ بِقَوْلِهِمْ، كَمَنْ رَمَى سَهْمًا إِلَى رَجُلٍ، وَاعْتَرَفَ بِأَنَّهُ قَصَدَهُ، وَلَكِنْ قَالَ: لَمْ أَعْلَمْ أَنَّهُ يَبْلُغُهُ.

وَإِنْ كَانُوا مِنْ مَنْ يَجُوزُ خَفَاؤُهُ عَلَيْهِمْ؛ لِقَرَبِ عَهْدِهِمْ بِالْإِسْلَامِ، فَالَّذِي قَالَه الْأَصْحَابُ: إِنَّهُ شَبَهُ عَمِدٍ، لَا يُوْجِبُ قِصَاصًا، وَمَالَ الْإِمَامُ إِلَى وَجُوبِهِ، وَحَكَى الرُّوْيَانِيُّ وَجْهًا شَاذًا مَأْخُودًا مِمَّا لَوْ ضَرَبَ الْمَرِيضُ ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ [١٢٨٠ / ١] دُونَ الصَّحِيحِ، وَلَمْ يَعْلَمْ مَرَضُهُ.

وَأَمَّا الدِّيَّةُ، فَتَجِبُ فِي مَالِ الشُّهُودِ مُؤَجَّلَةً فِي ثَلَاثِ سَنِينَ إِلَّا أَنْ تَصَدَّقَهُمُ الْعَاقِلَةُ، فَيَجِبُ عَلَيْهَا، وَقَالَ الْقَفَّالُ: حَالَةٌ؛ لَتَعْمُدِهِمْ، وَالصَّحِيحُ: الْأَوَّلُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ.

فَرْعٌ: قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: لَوْ رَجَعَ الشُّهُودُ، وَقَالُوا: أَخْطَأْنَا، وَادَّعَوْا أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَعْرِفُ أَنَّهُمْ أَخْطَؤُوا، وَأَنَّ عَلَيْهِمُ الدِّيَّةَ، فَأَنْكَرَتِ الْعَاقِلَةُ الْعِلْمَ، فَلَيْسَ لِلشُّهُودِ تَحْلِيفُهُمْ، وَإِنَّمَا يَطَالِبُ الْعَاقِلَةُ إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ.

قَالَ ابْنُ كَيْسٍ: وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُمْ تَحْلِيفَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَقْرَوْا لَغَرَمُوا.

النوع الثاني: غَيْرُ الْعُقُوبَاتِ، فَمِنْهُ الْأَبْضَاعُ، إِذَا شَهِدُوا بِطَلَاقِ بَائِنٍ، أَوْ رَضَاعٍ مُحَرَّمٍ، أَوْ لَعَانٍ، أَوْ فُسْخٍ بَعِيْبٍ، أَوْ غَيْرِهَا مِنْ جِهَاتِ الْفِرَاقِ، وَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا، ثُمَّ رَجَعَا، لَمْ يَرْتَفِعِ الْفِرَاقُ، لَكِنْ يَغْرِمَانِ، سَوَاءَ كَانَ قَبْلَ الدَّخُولِ، أَوْ بَعْدَهُ؛ فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدَّخُولِ، غَرَمَا مَهْرَ الْمَثَلِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَفِي قَوْلِ: الْمُسَمَّى. وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ، فَهَلْ يَغْرِمَانِ مَهْرَ الْمَثَلِ، أَمْ نَصْفَهُ؟ فِيهِ نَصَانٍ، وَنَصٌ فِيهَا لَوْ أَفْسَدَتْ امْرَأَةٌ نِكَاحَهُ بِرَضَاعٍ، أَنَّهَا تَغْرِمُ نَصْفَ مَهْرِ الْمَثَلِ. وَلِلْأَصْحَابِ طَرَقٌ، الْمَذْهَبُ: وَجُوبُ النِّصْفِ فِي الرِّضَاعِ، وَجَمِيعِ مَهْرِ الْمَثَلِ فِي الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ، وَفِي قَوْلِ:

نصفه، وفي قول: نصف المسمّى، وفي قول: جميعه، وقيل: يجب جميع مهر المثل قطعاً، وقيل: نصفه قطعاً، وقيل: إن كان الزوج سلّم إليها الصّدّاق، غرّم الشهود جميع مهر المثل؛ لأنه لا يتمكن من استرداد شيء، وإلا فنصفه.

ولو تزوّجها مفوّضة، وشهدا بالطلاق قبل الدخول والفرض، وقضى القاضي بالطلاق والمتعة، ثم رجعا، فالخلاف في أنهما يغرمان مهر المثل، أو نصفه، كما في غير التفويض؟ وفي قولٍ قديم: يغرمان المتعة التي غرّمها الزوج.

ولو شهدا بطلاق رجعيّ، ثم رجعا، فلا غرم؛ إذ^(١) لم يفوتا شيئاً، فإن لم يراجع حتّى انقضت العِدّة، التحقّ بالباطن، ووجب الغرم على الصحيح، وقيل: لا؛ لتقصيره بترك الرجعة. وأطلق ابنُ كَجٍّ في وجوب الغرم بالرجوع عن شهادة الطلاق الرجعيّ وجهين؛ فإنّ أوجبنا الغرم في الحال، فغرموا، ثم راجعها الزوج، فهل عليه ردٌّ ما أخذ؟ فيه احتمالان، ذكرهما أبو الحسن العبادي.

قلت: الصواب: الجزم بالرد. والله أعلم.

ولو شهدا بطلاق، وقضى به، ثم رجعا، وقامت بَيِّنَةٌ أنه كان بينه وبين الزوجة رضاع محرّم، أو شهدا بأنه طلقها اليوم، ورجعا، ثم قامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً أمس، فلا شيء عليهما؛ إذ لم يفوتا، فإن غرما قبل البيّنة استردّا.

ولو شهدا أنها زوجة فلان بألف، وحكم بشهادتهما القاضي، ثم رجعا، قال البغوي: لا غرم، وقال ابن الصبّاغ: إن كان بعد الدخول غرما ما نقص عن مهر المثل إن كان الألف دونه.

قال: وعلى هذا: لو كان قبل الدخول، ثم دخل بها ينبغي أن يغرم ما نقص، وهذا هو الذي أطلقه ابنُ كَجٍّ. ولو شهدا أنه طلقها بألف، ومهرها ألفان، فقال ابنُ الحَدّاد، والبغوي: عليهما ألف، وقد وصل إليه من المرأة ألف. وقال ابنُ كَجٍّ: عليهما مهر المثل بعد الدخول [١٢٨٠ / ب] ونصفه قبله، كما لو لم يذكر عوضاً، وأمّا الألف، فهو محفوظ عنده للمرأة؛ لأنه لا يدّعيه^(٢)، وإن لم يكن قبضه، فهو في يدها.

(١) في المطبوع: «إذا».

(٢) في المطبوع: «لأنها لا تدّعيه».

فَرَعٌ: وَمِنْ هَذَا النُّوعِ الْعِتْقُ، فَإِذَا شَهِدَا بَعْتَقَ عَبْدٍ، وَقَضَى بِهِ الْقَاضِي، ثُمَّ رَجَعَا، غَرَمَا قِيَمَةَ الْعَبْدِ، وَلَمْ يَرُدَّ الْعِتْقُ، سِوَاءَ كَانَ الْمَشْهُودُ بَعْتَقَهُ قِنًّا، أَوْ مُدَبَّرًا، أَوْ مُكَاتَبًا، أَوْ أُمًّا وَلَدًا، أَوْ مُعَلَّقًا عِتْقَهُ بِصَفَةٍ.

وَلَوْ شَهِدَا بِتَدْيِيرِ عَبْدٍ، أَوْ اسْتِيلَادِ جَارِيَةٍ، ثُمَّ رَجَعَا بَعْدَ الْقَضَاءِ، لَمْ يَغْرَمَا فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَزَلْ، فَإِذَا مَاتَ، غَرَمَا بِالرَّجُوعِ السَّابِقِ. وَهَكَذَا لَوْ شَهِدَا بِتَعْلِيْقِ عِتْقٍ، أَوْ طَلَاقٍ بِصَفَةٍ، ثُمَّ رَجَعَا، وَفِيهِمَا وَجْهٌ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَشْهَدَا بِمَا يَزِيلُ الْمَلِكَ.

وَلَوْ شَهِدَا بِكُتَابَتِهِ، ثُمَّ رَجَعَا، وَأَدَّى النُّجُومَ، وَعَتَقَ ظَاهِرًا، فَفِيمَ يَغْرَمَانِ؟ وَجِهَانِ.

أَحَدُهُمَا: كَلَّ الْقِيَمَةَ.

وَالثَّانِي: مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ وَالتُّجُومِ.

وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ هُوَ دُونَ الْقِيَمَةِ، فَالْمَنْقُولُ أَنَّهُ كَمَا لَوْ شَهِدَا أَنَّهُ طَلَقَهَا بِالْفِ، وَمَهَرَهَا أَلْفَانِ.

فَرَعٌ: وَمِنْهُ ^(١) إِذَا شَهِدَا أَنَّهُ وَقَفَ عَلَى مَسْجِدٍ، أَوْ جِهَةٍ عَامَةٍ، ثُمَّ رَجَعَا بَعْدَ الْقَضَاءِ، غَرَمَا قِيَمَتَهُ، وَلَا يَرُدُّ الْوَقْفَ، وَكَذَا لَوْ شَهِدَا أَنَّهُ جَعَلَ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً ^(٢).

الضَّرْبُ الثَّانِي: مَا لَا يَتَعَذَّرُ تَدَارُكُهُ، وَهُوَ الْأَمْوَالُ؛ أَعْيَانُهَا وَدُيُونُهَا، فَإِذَا شَهِدَا ^(٣) لِرَجُلٍ بِمَالٍ، ثُمَّ رَجَعُوا ^(٤) بَعْدَ دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ، لَمْ يَنْقُضِ الْحُكْمَ، وَلَمْ يَرُدَّ الْمَالُ إِلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ، وَحُكِيَ فِي «الْعُدَّةِ» وَجْهًا: أَنَّهُ يَنْقُضُ، وَيَرُدُّ الْمَالُ، وَهُوَ شَاذٌّ، وَهَلْ يَغْرَمُونَ؟ قَوْلَانِ.

أَظْهَرُهُمَا عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ، وَالْإِمَامِ، وَغَيْرِهِمْ: نَعَمْ.

وَقِيلَ: لَا يَغْرَمُونَ قَطْعًا.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ زِيَادَةٌ: «أَنَّهُ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَضْحِيَّةٌ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «شَهِدُوا».

(٤) كَذَا فِي الْأَصُولِ الْخَطِيئَةِ.

وقيل : يغرمون الدين دون العين ، والمذهب : الغرم مُطلقاً .

فصل : شهدوا على أحد الشريكين في عبد ؛ أنه أعتق حصته ، وهو موسر ، فقضى القاضي بعتقه ، والسراية ، ثم رجعوا ، لزمهم قيمة نصف المشهود عليه ، وفي قيمة نصيب الشريك الخلاف في غرم المال شهود قتل الخطأ إذا رجعوا بعد غرم العاقلة ، هل يغرمون ؟ فيه الخلاف .

ولو حكم القاضي بشهادة شهود الفرع ، ثم رجعوا ، غرموا .

ولو رجع شهود الأصل ، وقالوا : كذبنا ، غرموا أيضاً .

ولو رجع الأصول والفروع ، فالغرم على شهود الفرع ؛ لأنهم ينكرون إسهاد^(١) الأصول ، ويقولون : كذبنا فيما قلنا ، والحكم وقع بشهادتهم . وحيث وجب على الراجع عقوبة ؛ من قصاصي ، أو حدّ قذف ، دخل التعزير ، فيها ، وإذا لم تجب عقوبة ، واعترف بالتعمّد ، غرّر .

فصل : الرجوع المغرم إمّا أن يوجد والمحكوم بشهادتهم على الحدّ المعتبر في الباب ، وإمّا أكثر عدداً ، فإن كانوا على الحدّ ؛ بأن حكم في العتق ، أو القتل بشهادة رجلين ، ثم رجعا ، لزمهما الغرم بالسويّة ، وإن رجع أحدهما ، لزمه النصف ، وكذا لو رجع في الزنى بشهادة أربعة ، فرجعوا جميعاً ، فعليهم الدية أرباعاً ، وإن رجع بعضهم ، فعليه حصته منها ، وإن زادوا على الحدّ المعتبر ؛ بأن شهد بالقتل ، أو الحدّ ثلاثة ، أو بالزنى خمسة ، فإن رجع الجميع ، فالغرم عليهم بالسويّة ، وإن رجع البعض ، نظر :

فإن ثبت على الشهادة الحدّ المعتبر ؛ بأن رجع من الثلاثة في القتل واحد ، أو من الخمسة في الزنى [١٢٨١ / ١] واحد ، فلا غرم على الراجع على الأصحّ ، وبه قال ابن سريج ، والإصطخري ، وابن الحداد .

والثاني : يغرم بحصته من العدد ، قاله المزي ، وأبو إسحاق . ولا يجب القصاص والحالة هذه بلا خلاف ، كذا قاله البغوي . وفي « الفروق » للشيخ أبي محمد عن القفال : أنه يلزمه القصاص إن اعترف بالتعمّد .

(١) ضبب عليها الناسخ في أصل (ظ) ، وكتب بهامشها (شهادة) .

أَمَّا إِذَا لَمْ يَثْبُتْ مِنَ الْعَدَدِ الْمَعْتَبَرِ إِلَّا بَعْضُهُمْ؛ بِأَنْ رَجَعَ مِنَ الثَّلَاثَةِ أَوْ الْخَمْسَةِ اثْنَانِ، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ السَّابِقَيْنِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا غُرْمَ هُنَاكَ وَزَعَّ الْغَرَمَ هُنَا عَلَى الْعَدَدِ الْمَعْتَبَرِ، وَحِصَّةُ مَنْ نَقَصَ مِنَ الْعَدَدِ الْمَعْتَبَرِ تَوَزَّعَ عَلَى مَنْ رَجَعَ بِالسُّوِّيَّةِ، فَفِي صُورِ الثَّلَاثَةِ يَكُونُ نِصْفُ الْغُرْمِ عَلَى الرَّاجِعِينَ، وَإِنْ قُلْنَا: يَغْرُمُ هُنَاكَ وَزَعَّ هُنَا عَلَى جَمِيعِ الشُّهُودِ، فَعَلَى الْاِثْنَيْنِ الرَّاجِعِينَ مِنَ الثَّلَاثَةِ ثُلُثَا الْغُرْمِ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ جَمِيعُ الشُّهُودِ ذُكُورًا أَوْ إِنَاثًا؛ بِأَنْ كَانَ رِضَاعًا أَوْ نَحْوَهُ، فَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا نَظَرَ:

إِنْ لَمْ يَزِيدُوا عَلَى الْعَدَدِ الْمَعْتَبَرِ، كَرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فِي رِضَاعٍ، أَوْ مَالٍ، فَإِذَا رَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ نِصْفُ الْغُرْمِ، وَعَلَى كُلِّ امْرَأَةٍ رُبْعُهُ، وَإِنْ زَادُوا عَلَى الْعَدَدِ، فَالْمَشْهُودُ بِهِ قِسْمَانِ.

أحدهما: مَا يَثْبُتُ بِالنِّسْوَةِ مُنْفَرِدَاتٍ، كَالرِّضَاعِ، فَإِذَا شَهِدَ بِهِ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَرَجُلٌ، وَرَجَعُوا، فَعَلَيْهِ ثُلُثُ الْغُرْمِ، وَعَلَيْهِنَّ ثُلَاثُهُ، وَإِنْ رَجَعَ وَحْدَهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِبَقَاءِ الْحُجَّةِ، وَكَذَا لَوْ رَجَعَ امْرَأَتَانِ، وَعَلَى الثَّانِي: عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهِمَا ثُلُثُ الْغُرْمِ.

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ، ثُمَّ رَجَعُوا، فَعَلَيْهِ سُدُسُ الْغُرْمِ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ سُدْسِهِ، وَإِنْ رَجَعَ وَحْدَهُ، أَوْ مَعَ سِتٍّ، فَمَا دُونَهُنَّ، فَلَا غُرْمَ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِبَقَاءِ الْحُجَّةِ، وَعَلَى الثَّانِي: يَجِبُ عَلَى مَنْ رَجَعَ حِصَّتَهُ. وَإِنْ رَجَعَ مَعَ سَبْعٍ، فَعَلَى الْأَصَحِّ: عَلَيْهِمْ رُبْعُ الْغُرْمِ؛ لِبُطْلَانِ رُبْعِ الْبَيْتَةِ. وَإِنْ رَجَعَ مَعَ ثَمَانٍ، فَنِصْفُهُ، وَمَعَ تِسْعٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ، وَيَكُونُ عَلَى الذَّكَرِ ضِعْفُ مَا عَلَى الْمَرْأَةِ، وَعَلَى الثَّانِي: عَلَيْهِمْ قَدْرُ حِصَّتِهِمْ^(١) لَوْ رَجَعُوا جَمِيعًا.

وَلَوْ رَجَعَ النِّسْوَةُ وَحْدَهُنَّ، فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ الْغُرْمِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَخَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ فِي الثَّانِي.

القِسْمُ الثَّانِي: مَا لَا يَثْبُتُ بِالنِّسْوَةِ مُنْفَرِدَاتٍ، كَالْمَالِ إِذَا أَوْجَبْنَا الْغُرْمَ فِيهِ بِالرُّجُوعِ، فَشَهِدَ رَجُلٌ وَأَرْبَعُ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَهَلِ [عَلَى] الرَّجُلِ نِصْفُ الْغُرْمِ، أَمْ ثُلُثُهُ؟ وَجْهَانِ.

أصْحُهُمَا: الأول، فَإِنْ قلنا به، فرجع النسوة، فعليهِنَّ نصفُ الغُرمِ.

ولو رجعتِ امرأتانِ، فلا شيءٌ عليهما على الأصحِّ؛ لبقاءِ الحُجَّةِ، وعلى قولِ المُزنيِّ، وأبي إسحاق: عليهما رُبْعُ الغُرمِ.

ولو شهد رجلٌ وعَشْرُ نِسوةٍ، ورجعوا، فعليه نصفُ الغُرمِ، وعليهِنَّ نصفُهُ على الأصحِّ، وعلى الثاني: عليه سدُّسُهُ، وعليهِنَّ الباقي.

ولو رجَعَ وحده، فعليه النصفُ على الأصحِّ، وعلى الآخر: إنما عليه السدُّسُ.

ولو رجعنَ دونه، فعليهِنَّ النصفُ في الأصحِّ، وفي الآخر: خمسةُ أَسَدَاسٍ.

وإذا علَّقنا نصفَ الغُرمِ برجوعِ الرجلِ، فرجعَ معه ثمانِ نِسوةٍ، فعليه النصفُ، ولا شيءٌ عليهنَّ؛ بناءً على أنه لا يثبتُ بشهادتهنَّ إلَّا نصفُ الحقِّ^(١)، وقد بقي من النساءِ مَنْ يَتَمُّ به ذلك.

وعلى قولِ المُزنيِّ، وأبي إسحاق: عليهنَّ أربعةُ أخماسِ النصفِ.

ولو رجع [١٢٨١ / ب] مع تسعِ نِسوةٍ، لزمه النصفُ، وعليهنَّ الرُّبْعُ؛ لبقاءِ رُبْعِ الحُجَّةِ، وعلى قولِ المُزنيِّ: عليه نصفُ، وعليهنَّ تسعةُ أعشارِ النصفِ الآخرِ.

وإن رجَعَ ثمانِ نِسوةٍ لا غير، فلا شيءٌ عليهنَّ، وعلى قوله: عليهنَّ أربعةُ أخماسِ النصفِ.

فَرْعٌ: هل يتعلَّقُ الغُرمُ بشهودِ الإحصانِ مع شهودِ الزنى، وبشهودِ الصِّفةِ مع شهودِ تعليقِ الطلاقِ والعتيقِ؟ وجهان، وقيل: قولان.

أصْحُهُمَا: لا.

وقيل: إنَّ شهدوا بالإحصانِ بعد شهادةِ شهودِ^(٢) الزنى غرموا، وإلَّا، فلا، فإنَّ غرمانهم، فقالوا: تعمَّدنا، لزمهم القصاصُ، كشهودِ الزنى.

وفي كَيْفِيَّةِ توزيعِ الغُرمِ عليهم، وعلى شُهودِ الزنى وجهان.

أصْحُهُمَا: اعتبارُ النَّصَّابِينَ، فعلى شهودِ الإحصانِ ثلثُ الغُرمِ، والآخرينَ ثلثاه.

(١) في المطبوع: « الغرم »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٣٦).

(٢) كلمة: « شهود » ساقطة من المطبوع.

والثاني: يوزعُ نصفين؛ اعتباراً بالجنسين، كالقاضي مع الشهود، وإذا غرماً شهودَ الصفة، غرموا النصفَ قطعاً، فإذا شهد أربعةٌ بالزنى، واثنانٌ بالإحصان، ورجعوا كلُّهم بعد الرجم، فإن قلنا بالأصح: إنَّ شهودَ الإحصان لا يغرمون، فالضمانُ على شهودِ الزنى، وإلا فعلى الجميع أثلاثاً على الأصح، ومُنَاصَفَةٌ على الآخر. وإن رجع واحد من شهودِ الزنى، وواحدٌ من شاهدي الإحصان، فإن لم نغرم شهودَ الإحصان، فعلى الرابع من شهودِ الزنى رُبُعُ الغُرم، وإن غرمناهم، فإن نَصَفْنَا، فعليه ثَمَنُ الغرم، وعلى الآخرِ رُبُعٌ، وإن ثَلَّثْنَا، فعلى كُلِّ واحدٍ منهما سدُسه، وإن رجعَ واحد من أحدِ الصنفين لا غير، ففيما عليه، هذا الخلاف.

ولو شهد أربعةٌ بالزنى والإحصان جميعاً، ثم رجعَ أحدهم، فإن لم نغرم شهودَ الإحصان، فعليه رُبُعُ الغرم، وإن غرمناهم، فقد بقي هنا من تقومُ به حُجَّةُ الإحصان، فإن غرماً الرابع مع ثبات مَنْ تقومُ به الحُجَّةُ، لزمه الربعُ أيضاً، كما لو رجعوا كلُّهم، وإن لم نغرمه، فلا ضمانَ عليه؛ بسبب الإحصان، وأما بسببِ الزنى، فإن نَصَفْنَا، فعليه ثَمَنُ الغُرم، وإن ثَلَّثْنَا، فسُدُسه، وإن رجعَ ثلاثةٌ وبقي واحد، فقد بَطَلَ ثلاثةُ أرباعِ حُجَّةِ الزنى، ونصف حُجَّةِ الإحصان، فإن لم نغرم شهودَ الإحصان، لزمهم ثلاثةُ أرباعِ الغُرم، وإن غرمناهم، فعلى كُلِّ واحدٍ إن نَصَفْنَا للرجوع عن الزنى ثمن الغرم، وعن الإحصان نصف سدُسه بتوزيع نصف غرم الإحصان عليهم، وإن ثَلَّثْنَا، فعلى كُلِّ واحدٍ للرجوع عن شهادةِ الزنى سدُس الغرم؛ توزيعاً للثلثين على الأربعة، وعن الإحصان ثلث سدُسه؛ توزيعاً لنصفِ غرم الإحصان على الراجعين.

ولو شهد أربعةٌ بالزنى، واثنان منهم بالإحصان، ثم رجعوا بعد الرجم، فإن لم نغرم شهودَ الإحصان في المسائل السابقة، فكذا هنا، وإن غرمناهم، فهل يغرمُ شاهداً^(١) الأصل هنا زيادة؟ وجهان:

فإن قلنا: نعم، عاد الخلاف، فإن نَصَفْنَا فعلى اللذين شهدا بالإحصان ثلاثةُ أرباعِ الغُرم: النصف بشهادة الإحصان، والربع بالزنى، وعلى الآخرين الربع، وإن ثَلَّثْنَا، فعلى شاهدي الإحصان ثلثان، وعلى الآخرين ثلث، وإن رجع [١٢٨٢ / أ] واحد منهم، فإن لم نغرم شهودَ الإحصان، فعليه رُبُعُ الغُرم، وإن غرمناهم، فإن كان

(١) في (أ)، والمطبوع: «شاهد»، وفي (س): «فهل نغرم شاهدي».

الراجع من شاهدي الإحصان، فَإِنْ نَصَفْنَا، لزمه [ثلاثة أثمان الغرم؛ ثمن للزنى، ورُبُعٌ للإحصان، وَإِنْ ثَلَّثْنَا، لزمه ثلث الغرم؛ سدس لهذا، وسدس لذاك. وإن كان الراجع من الآخرين؛ فَإِنْ نَصَفْنَا لزمه ^(١) ثمن الغرم، وَإِنْ ثَلَّثْنَا، فالسدس.

ولو شهد ثمانية بالزنى والإحصان، ثم رجع أحدهم، فلا غرم على الأصح؛ لبقاء الحجتين، وكذا لو رجع ثانٍ، وثالثٌ، ورابعٌ، فَإِنْ رجع خامس، فقد بطلت حجة الزنى، ولم تبطل حجة الإحصان؛ فَإِنْ لم نغرم شهود الإحصان، فعلى الخمسة رُبُعُ الغرم؛ لبطان رُبُعِ الحجة، وَإِنْ غَرَمْنَاهُمْ، فلا غرم هنا لشهادة الإحصان على الأصح؛ لبقاء حجتته، ويغرم الراجعون رُبُعَ غرم الزنى، وهو السدس إِنْ ثَلَّثْنَا، والثلث إِنْ نَصَفْنَا، وَإِنْ رجع ستة، لزمه نصف غرم الزنى، وهو الثلث إِنْ ثَلَّثْنَا، والرابع إِنْ نَصَفْنَا، وَإِنْ رجع سبعة، بطلت الحجتان، ولا يخفى قياسه.

فرع^(٢): شهد أربعة على رجل بأربع مئة، ثم رجع أحدهم عن مئة، وآخر عن مئتين، وثالث عن ثلاث مئة، والرابع عن الجميع، فالبينة باقية بتمامها في مئتين.

فالأصح أنه لا يجب غرمهما، ويجب على^(٣) الأربعة غرم المئة بالرجوع عنها باتفاقهم، وعلى الثاني والثالث والرابع ثلاثة أرباع المئة التي اختصوا بالرجوع عنها.

والوجه الثاني: على كل واحد حصته فيما رجع عنه، فعلى الأول: رُبُعُ المئة، وعلى الثاني: خمسون، وعلى الثالث: خمسة وسبعون، وعلى الرابع: مئة.

فصل: إذا حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان كونهما كافرين، أو عديين، أو صبيين، فقد سبق أنه ينقض حكمه، وكذا لو باناً فاسقين على الأظهر.

قال الإمام: ومعنى نقضه أننا نتبين الأمر على خلاف ما ظنه، وحكم به؛ فَإِنْ كان المشهود به طلاقاً، أو عتقاً، أو عقداً فقد بان أنه لا طلاق، ولا عتق، ولا عقد، فَإِنْ كانت المرأة ماتت، فقد ماتت وهي زوجته، وَإِنْ مات العبد مات وهو رقيق له، ويجب ضمانه.

(١) ما بين حاصرتين ساقط من المطبوع.

(٢) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: « عن ».

وإن كان المشهود به قتلاً، أو قطعاً، أو حدّاً واستوفي^(١)، وتعدّر التدارك، فضمامه على عاقلة القاضي على الأظهر، وفي بيت المال على قول، كما سبق في ضمان الولاية^(٢). وإنما تعلق الضمان بالقاضي؛ لتفريطه بترك البحث التام عن^(٣) حال الشهود، ولا ضمان على المشهود له؛ لأنه يقول: استوفيت حقّي، ولا على الشهود؛ لأنهم ثابتون على شهادتهم زاعمون صدقهم، بخلاف الراجعين.

وإذا غرمت العاقلة، أو بيت المال، فهل يثبت الرجوع على الشهود؟ فيه خلافٌ وتفصيلٌ، سبق في باب « ضمان الولاية » والذي قطع به العراقيون أنه لا ضمان عليهم، قالوا: وكذا لا ضمان على المزكّين؛ لأن الحكم غير مبني على شهادتهم، وقال القاضي أبو حامد: يرجع الغارم على المزكّين، ويستقرّ عليهم الضمان، بخلاف الشهود؛ لأنه ثبت عند القاضي أنّ الأمر على خلاف قول المزكّين، ولم يثبت أنه خلاف قول الشهود وإلى هذا مال القاضيان: أبو الطيّب والرؤياني، ومفهوم ما ذكره أنه يجوز تغريم المزكّين أولاً، ثم لا رجوع لهم على القاضي، وأشار [١٢٨٢ / ب] الإمام إلى مثل ذلك في الشهود إذا قلنا بالرجوع عليهم، ولا فرق فيما ذكرناه من تعليق الضمان بالقاضي بين أن يكون الحكم في حدّ الله تعالى، أو في^(٤) قصاص، وسواء في القصاص استوفاه المدّعي، أو القاضي بنفسه، أو فوّض استيفاءه بإذن المدّعي إلى شخص. وسبق في « أدب »^(٥) القاضي عن الإضطحري: أنّ المدّعي إن استوفاه بنفسه، فالضمان عليه، وأنه إنما يعلق الضمان بالقاضي إذا باشر الاستيفاء أو فوّضه إلى غيره بإذن المدّعي.

وإن كان المحكوم به مالا، فإن كان باقياً عند المحكوم له انتزع، وإن كان تالفاً، أخذ منه ضمانه، وقيل: إن تلف بأفق سماوية، فلا ضمان، والصحيح: الأول، وفرّقوا بينه وبين الإلتلاف حيث قلنا: لا غرم عليه فيه؛ بأن الإلتلاف إنما يضمن إذا وقع على وجه التعدي، وحكم القاضي أخرجه عن التعدي، وأما المال،

(١) في المطبوع: « استوفي » بدون « الواو ».

(٢) في (ظ، أ)، و (فتح العزيز: ١٣ / ١٤٣): « الولادة »، المثبت من (س).

(٣) في المطبوع: « على ».

(٤) كلمة: « في » ليست في المطبوع.

(٥) في (ظ)، والمطبوع: « إذن »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٤٢).

فإذا حصل في يد إنسانٍ بغيرِ حَقٍّ كان مضموناً، وإن لم يوجد منه تعدٍّ؛ فإن كان المحكوم له معسراً أو غائباً، فللمحكوم عليه مطالبة القاضي ليغرم له من بيت المال في قولٍ، ومن خالص ماله في قولٍ؛ لأنه ليس بدل نفس تتعلق بالعاقلة. ثم القاضي يرجع على المحكوم له إذا ظفر به موسراً، وهل له الرجوع على الشهود؟ جعله الإمام على الخلاف والتفصيل المشار إليهما في الإتلافات، ويجيء أن يقال على قياس ما سبق: إن المحكوم عليه يتخير في تغريم القاضي، وتغريم المحكوم له، وبالله التوفيق^(١).



(١) في (أ): « وبالله العصمة والتوفيق ».

٧٧ - كِتَابُ الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ (١)

فيه سبعة أبواب؛ لأنَّ الدعوى تدورُ على خمسة أشياء: الدعوى وجوابها، واليمين، والبيّنة والنكول، فهذه خمسة. والسادس في مسائل تتعلق بهذه الأصول، والسابع في دعوى النسب، وإلحاق القائف.

الأول: في الدعوى، وفيه مسائل:

إحداها: في أنَّ المستحقَّ متى يحتاجُ إلى المرافعة والدعوى، فالحقُّ (٢) إذا كان عقوبةً، كالقصاص، وحدَّ القذف، اشترطَ رفعه إلى القاضي؛ لِعَظَمِ خطره.

وإن كان مالا، فهو عَيْنٌ، أو دَيْنٌ؛ فإن كان عيناً، فإن قَدَرَ على استردادها من غير تحريك فتنة، استقلَّ (٣) به، وإلا فلا بُدَّ مِنَ الرِّفْعِ.

وأما الدَّيْنُ: فإن كان مَنْ عليه مُقَرَّراً، غير ممتنع من الأداء، طالبه ليؤدِّي، وليس

(١) الدعوى لغة: هي الطلبُ والتمني، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ مَا يَدْعُونَ﴾ [يس: ٥٧]، وألفها للتأنيث، وتجمع على دعاوى ودعوى، مثل: فتاوى وفتاوى. قيل: سميت دعوى؛ لأنَّ المدعي يدعو صاحبه إلى مجلس الحكم ليخرج من دعواه.

وشرعاً: إخباراً عن وجوب حقٍّ على غيره عند حاكم.

والبيّنات: جمع بيّنة، وهم الشهود؛ سُمُّوا بذلك؛ لأنَّ بهم يتبين الحق (مغني المحتاج: ٤ / ٤٦١)، وانظر: (النظم المستعذب: ٢ / ٣١٠)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٣٨٩)، و(المعتمد: ٥ / ٤٢٣ - ٤٢٤)، و(التهذيب: ٨ / ٣١٧ - ٣١٨).

(٢) في المطبوع: «كالحق».

(٣) في (ظ): «اشتغل»، وفي المطبوع: «أشغل»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٤٦).

له أَنْ يأخذ شيئاً مِنْ ماله؛ لأنَّ الخيارَ في تعيينِ المالِ المدفوعِ إلى مَنْ عليه، فإنَّ خالفَ، وأخذَ شيئاً من ماله، لزمه ردُّه، فإنَّ تلفَ عنده، وجبَ ضمانُهُ، فإنَّ اتفقا، جاء خلافُ التقاضِ. وإنَّ لم يكن كذلك، فإنَّما أنَّ يمكنَ تحصيلَ منه بالقاضي، وإما أنَّ لا يمكنَ، فإنَّ لم يمكنَ؛ بأنَّ كان مُنكراً، ولا بَيِّنَةٌ لصاحبِ الحقِّ، فله أنَّ يأخذَ جنسَ حقِّه مِنْ ماله إنَّ ظَفَرَ به، ولا يأخذَ غيرَ الجنسِ مع ظفَره بالجنسِ.

وفي « التهذيب » وجهٌ: أنه يجوز، وهو ضعيف، فإنَّ لم يجدْ إلَّا غيرَ الجنسِ، جاز الأخذُ على المذهب [١٢٨٣ / ١]، وبه قطع الجمهورُ، وقيل: قولان.

وإنَّ أمكنَ تحصيلُ الحقِّ بالقاضي؛ بأنَّ كان مُقرِّراً مماتلاً، أو منكِراً عليه^(١) بَيِّنَةٌ، أو كان يرجو إقراره لو حضرَ عندَ القاضي، وعرضَ عليه اليمينَ، فهل يستقلُّ بالأخذِ، أم يجبُ الرُفْعُ إلى القاضي؟ وجهان.

أصحُّهما: جوازُ الاستقلالِ، قاله أبو إسحاق، وابنُ أبي هُريرةَ، وصحَّحه القاضيان: أبو الطَّيِّب، والرُّوْيَانِي؛ للحديثِ الصحيح في قصة هِنْدَ^(٢)، ولأنَّ في المرافعة مشقَّةً ومؤنةً، وتضييعَ زمانٍ.

ومتى جاز للمستحقُّ الأخذَ، فلم يَصِلْ إلى المالِ إلَّا بكسر الباب، ونَقْبِ الجدار، جازَ له ذلك، ولا يضمنُ ما فوته، كمن لم يقدِرْ على دفعِ الصَّائِلِ إلَّا بإتلافِ ماله، فأتلفه، لا يضمنُ، وقيل: يضمنُ، وهو شاذٌّ.

ثم إنَّ كان المأخوذُ مِنْ جنسِ الحقِّ، فله تملكُه، وإنَّ كان مِنْ غيرِ جنسِه، لم يكن له التملكُ، وقيل: يملكُ قَدَرُ حقِّه، ويستقلُّ بالمعاوضة للضرورة، كما يستقلُّ بالتعيين عندَ أخذه الجنسِ، والصحيحُ: الأوَّلُ.

ثم هل يرفعه إلى القاضي لبيعه، أم يستقلُّ ببيعه؟ وجهان، ويقال: قولان.

أصحُّهما عند الجمهور: الاستقلالُ، هذا إنَّ كان القاضي جاهلاً بالحال، ولا بَيِّنَةٌ للأخذِ، فإنَّ كان القاضي عالماً، فالمذهبُ أنه لا يبيعه إلَّا بإذنه، فإنَّ أوجبنا

(١) في المطبوع زيادة: « وله ».

(٢) يعني: ما أخرجه البخاري (٢٢١١) وأطرافه، ومسلم (١٧١٤) عن عائشة رضي الله عنها قالت: قالت هند، امرأة أبي سفيان للنبي ﷺ: إنَّ أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلَّا ما أخذتُ منه، وهو لا يعلم؟ قال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.

الرفع إلى القاضي، فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه، أو يفوضه إلى غيره؟ وجهان.
أصحهما: الأول، وفي طريقة عند الرفع وجهان.

أحدهما: يبيعه القاضي بعد إقامة البينة على استحقاق المال، وهذا يبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة.

والثاني: يواطئ رجلاً يُقرُّ له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقرُّ له الآخذ بالمال حتى يبيعه القاضي، وهذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين، ويضعف وجوب الرفع.
ثم عند البيع؛ إن كان الحق من جنس نقد البلد^(١)، بيع المأخوذ به، وإن لم يكن؛ بأن ظفر بثوب، والدين حنطة، بيع الثوب بنقد البلد، ثم يشتري به حنطة. وحكى الإمام عن مُحَقِّقِي الْأَصْحَاب: أنه يجوز أن يشتري غير الحنطة بالثوب، ولا يوسِّط النقد بينهما، وهل يكون المأخوذ مضموناً على الآخذ حتى لو تلف قبل البيع، أو التملك يتلف من ضمانه، أم لا؟ وجهان.

أصحهما: نعم، وهو الذي ذكره الصَّيْدَلَانِي، والإمام، والغزالي؛ لأنه أخذه لغرضه، كالمُستام؛ بل أولى؛ لأن المالك لم يسلطه، فعلى هذا: ينبغي أن نبادر إلى البيع بحسب الإمكان، فإن قصر، فنقصت قيمته، ضمن النقصان، ولو انخفضت القيمة، وارتفعت، وتلف، فهي مضمونة عليه بالأكثر.

ولو اتفق رد العين، لم يضمن نقص القيمة كالغاصب. ولو باعه، وتملك ثمنه، ثم قضى المستحق دينه، ففيما علق عن الإمام: أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب، فأخذه، وباعه، ثم رد الغاصب المغصوب، فإن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعه، وينبغي أن لا يرد شيئاً، ولا يعطي شيئاً.

فَرْع: ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة، فإن انتفع، لزمه أجره المثل.

فَرْع: [١٢٨٣ / ب] لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه، فإن زاد، فالزيادة مضمونة عليه، فإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بمتاع يزيد قيمته على قدر حقه، فإن قلنا: لو كان المأخوذ قدر حقه لا يكون مضموناً، فكذا الزيادة، وإن قلنا: يكون

مضموناً لم يضمن الزيادة على الأصح.

ثم إذا كان المأخوذ أكثر من حقه، فإن كان مما يتجزأ باع منه قدر حقه، وسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها، وإن كان لا يتجزأ، فإن قدر على بيع البعض بما هو حقه، [باعه] وسعى في رد الباقي إليه، وإن لم يقدر باع الجميع، وأخذ من ثمنه قدر حقه، وحفظ الباقي إلى أن يرده.

فَرَعُ: حَقُّه دراهم صحاح، فظفر بمكسرة، فله أخذها، وتملكها بحقه.

ولو استحق مكسرة، فظفر بصحاح، فالمذهب جواز الأخذ؛ لاتحاد الجنس، وقيل: فيه الخلاف في اختلاف الجنس؛ لاختلاف الغرض، وإذا أخذها، فليس له تملكها، ولا يشتري بها مكسرة لا متفاضلاً؛ لما فيه من الربا، ولا متساوياً؛ لأنه يجحف بالمأخوذ منه، لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانيير، ويشتري بها دراهم مكسرة، ويتملكها.

فَرَعُ: شَخْصَانِ، ثَبَتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلَ مَا لَهُ عَلَيْهِ، فِي حُصُولِ التَّقَاصُّ أَقْوَالٌ مَشْهُورَةٌ فِي كِتَابِ «الْكِتَابَةِ»؛ فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَحْصُلُ التَّقَاصُّ، فَجَحَدَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَهَلْ لِلْآخَرِ جَحْدُهُ؛ لِيَحْصُلَ التَّقَاصُّ لِلضَّرُورَةِ؟ وَجِهَانِ، أَصْحُهُمَا: نَعَمْ.

فَرَعُ: كَمَا يَجُوزُ الْأَخْذُ مِنْ مَالِ الْغَرِيمِ الْجَاوِدِ، أَوْ الْمَاطِلِ، يَجُوزُ الْأَخْذُ مِنْ مَالِ غَرِيمِ الْغَرِيمِ، بَأَنْ يَكُونَ لَزِيدٍ عَلَى عَمْرٍو دَيْنٌ، وَلِعَمْرٍو عَلَى بَكْرٍ مِثْلُهُ، يَجُوزُ لَزِيدٍ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ بَكْرٍ بِمَالِهِ عَلَى عَمْرٍو. وَلَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ رَدُّ عَمْرٍو، وَإِقْرَارُ بَكْرٍ، وَلَا جُحُودُ بَكْرٍ اسْتِحْقَاقَ زَيْدٍ عَلَى عَمْرٍو.

فَرَعُ: جَحَدَ دَيْنِهِ، وَلَهُ عَلَيْهِ صَكٌّ بِدَيْنٍ آخَرَ قَدْ قَبَضَهُ، وَشُهُودُ الصَّكِّ لَا يَعْلَمُونَ الْقَبْضَ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو سَعْدٍ: لَهُ أَنْ يَدْعِيَ ذَلِكَ، وَيَقِيمَ الْبَيِّنَةَ، وَيَقْبِضَهُ بِدَيْنِهِ الْآخَرِ، وَفِي «فَتَاوَى الْقَفَالِ» أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

قُلْتُ: الصَّحِيحُ قَوْلُ أَبِي سَعْدٍ. وَلَوْ حَدَّثْتُ مِنَ الْمَأْخُوذِ زِيَادَةً قَبْلَ تَمْلُكِهِ حَيْثُ يَجُوزُ^(١)، أَوْ قَبْلَ بَيْعِهِ، فَهِيَ عَلَى مِلْكِ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «جُوز».

المسألة الثانية: في حَدِّ المدَّعي والمدَّعى عليه، ويحتاجُ إلى معرفته؛ لأنَّ البيّنة على المدَّعي، واليمين على المدَّعى عليه؛ لقوّة جانبه، وفيه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رحمه الله في مسألة إسلام الزوجين التي سنذكرها الآن، إن شاء الله تعالى.

أظهرها عند الجمهور: أنَّ المدَّعي: مَنْ يدَّعي أمراً خفياً يخالف الظاهر، والمدَّعى عليه: مَنْ يوافق قوله الظاهر.

والثاني: المدَّعي: من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء، والمدَّعى عليه مَنْ لا يخلئ، ولا يكفيه السكوت، فإذا ادَّعى زيد ديناً في ذمة عمرو، أو عيناً في يده، فأنكر، فزيد هو الذي لو سكت ترك، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر؛ لأنَّ الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده من حق غيره، وعمرو هو الذي لا يترك، ويوافق قوله الظاهر، فزيد مدَّع بمقتضى القولين، وعمرو مدَّعى عليه، ولا يختلف موجبهما غالباً، وقد يختلف، كما إذا أسلم [١٢٨٤ / أ] زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معاً، فالنكاح باقٍ، وقالت: بل على التعاقب، ولا نكاح، فإن قلنا: المدَّعي مَنْ لو سكت ترك، فالمرأة مدَّعية، وهو مدَّعى عليه؛ لأنه لا يترك لو سكت؛ لأنها تزعم انفساخ النكاح، فيحلف، ويستمر النكاح، وإن قلنا بالأظهر، فالزوج مدَّع؛ لأن ما يزعمه خلاف الظاهر، وهي مدَّعى عليها، فتحلف، ويرتفع النكاح.

ولو قال الزوج: أسلمت قبلي، فلا نكاح^(١)، ولا مهر، وقالت: بل أسلمنا معاً، وهما بحالهما، فقولهُ في الفراق يلزمهُ، وأمّا المهر، فالقول قولهُ على الأظهر، وعلى الثاني: قولها؛ لأنها لا تترك بالسكوت؛ لأن الزوج يزعم سقوط المهر، فإذا سكنت ولا بيّنة، جعلت ناكلة، وحلف، وسقط المهر.

قال الأصحاب: والأمناء الذين يصدّقون في الرد بيمينهم مدَّعون؛ لأنهم يزعمون الردّ الذي هو خلاف الظاهر، لكن اكتفي منهم باليمين؛ لأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض المالك. وقد اتّمتهم، فلا يحسن تكليفهم بنية الردّ، وأمّا على القول الثاني، فهم مدَّعى عليهم؛ لأن المالك هو الذي لو سكت ترك.

(١) في المطبوع: «فلي النكاح».

قال الرُّوْيَانِيُّ وغيرُهُ: وقد يكون الشخصُ مُدَّعِيًّا ومُدَّعَى عليه في المنازعة الواحدة. كما في صورة التحالف. هذا كلامُ الأصحاب. وبالله التوفيقُ.

فصل: في حدِّ الدعوى الصحيحة، وشرطُها: أن تكونَ معلومةً مُلزِمةً.

الأول: العلمُ بالمدَّعى به، فإن كان نقداً، اشترطَ ذكر جنسِه ونوعِه وقَدْرِه، قال ابنُ الصَّبَّاح: وإن اختلفَ الصَّحاح والمكسَّرة بينَ أنها صِحاح أو مكسَّرة.. ومطلقُ الدينار ينصرفُ إلى الدينارِ الشرعيِّ، ولا حاجة إلى بيان وزنه.

وإن كان غيرَ نقدٍ، نُظِرَ:

إن كان عَيْنًا، وهي مما تضبطُ بالصفة، كالْحُبُوب، والحيوان، والثياب، وصفها بصفاتِ السَّلَم، ولا يشترطُ ذكر القيمة في الأصح، وإن كانت تالفةً، كفى الضبطُ بالصفات إن كانت مثليَّةً، ولا يشترطُ ذكرُ القيمة، وإن كانت متقوِّمةً، اشترطَ ذكر القيمة؛ لأنها الواجب عند التلف.

وإن ادَّعى سيفاً مُحلِّيً، اشترطَ ذكر قيمته، ويقوِّمه بالذهب إن كان مُحلِّيً بالفضة، وبالفضة إن كان مُحلِّيً بالذهب، فإن كان مُحلِّيً بهما، قوِّمه بأحدهما للضرورة.

وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدَّعي مئة درهم من نقدٍ كذا، قيمتها كذا ديناراً، أو ديناراً من نقدٍ كذا قيمته كذا درهماً، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد، وغيره، وكأنه جواب على أن المغشوشَ متقوِّم، فإن جعلناه مثلياً، فينبغي أن لا يشترطَ التعرُّض للقيمة.

وفي العقار يتعرَّض للناحية والبلدة، والمَحَلَّة، والسَّكَّة، وتبين الحدود، ويستثنى عن^(١) اشتراط العلم صُور^(٢):

إحداها: إنما يعتبرُ إذا طلب معيناً، فأما مَنْ حضر ليعينَ، ويفرض له القاضي، كالمفوضة تطلب الفرض على قولنا: لا يجبُ المهر بالعقد، والواهب يطلبُ الثواب، فلا يتصور الإعلام.

(١) في المطبوع: «من».

(٢) في المطبوع: «صوراً».

الثانية: قال: أَدَّعِي أَنْ مَوْرَثَكَ أَوْصَى لِي بِثَوْبٍ، أَوْ بِشَيْءٍ، تَسْمَعُ الدَّعْوَى؛ لَأَنَّ الوَصِيَّةَ تَحْتَمِلُ الْجَهَالََةَ، فَكَذَا دَعَاوَاهَا، وَأَلْحَقَ مَلْحَقُونَ دَعْوَى الْإِقْرَارِ بِالْمَجْهُولِ بِدَعْوَى الوَصِيَّةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَنَازِعُ كَلَامَهُ فِيهِ [١٢٨٤ / ب] وَيَصَحُّ دَعْوَى الْإِبْرَاءِ عَنِ الْمَجْهُولِ إِنْ صَحَّحْنَا الْإِبْرَاءَ عَنِ الْمَجْهُولِ.

الثالثة: أَدَّعَى أَنَّ لَهُ طَرِيقاً فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ، أَوْ أَدَّعَى^(١) حَقَّ إِجْرَاءِ الْمَاءِ، قَالَ الْقَاضِي أَبُو سَعْدٍ^(٢): الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعْلَامِ قَدْرِ الطَّرِيقِ وَالْمَجْرَى، وَيَكْفِي لَصَحَّةِ الدَّعْوَى تَحْدِيدُ الْأَرْضِ الَّتِي يَدْعِي فِيهَا الطَّرِيقَ وَالْمَجْرَى، وَكَذَا لَا تَصَحُّ الشَّهَادَةُ الْمَرْتَبَةُ عَلَيْهَا.

وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ الثَّقَفِيُّ^(٣): يَشْتَرُطُ إِعْلَامُ قَدْرِ الطَّرِيقِ وَالْمَجْرَى.

قَالَ: وَكَذَا لَوْ بَاعَ بَيْتاً مِنْ دَارٍ، وَسَمَّى لَهُ طَرِيقاً، وَلَمْ يَبَيِّنْ قَدْرَهُ [لَا يَصَحُّ].

قَالَ الْقَاضِي: وَعِنْدِي أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ هَذَا الْإِعْلَامُ فِي الدَّعْوَى، لَكِنْ يُؤْخَذُ عَلَى الشُّهُودِ إِعْلَامُ الطَّرِيقِ وَمَسِيلِ الْمَاءِ^(٤) بِالذُّرْعَانِ^(٥)؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ أَعْلَى شَأْناً؛ فَإِنَّهَا تَسْتَقِلُّ بِقُوَّةٍ يُجَابِ الْحُكْمَ بِخِلَافِ الدَّعْوَى.

وَلَوْ أَحْضَرَ الْمَدَّعِي رَقْعَةً، وَحَرَّرَ فِيهَا دَعَاوَهُ، وَقَالَ: أَدَّعِي مَا فِيهَا، وَأَدَّعَى ثَوْباً بِالصِّفَاتِ الْمَكْتُوبَةِ فِيهَا، فَفِي الْاِكْتِفَاءِ بِهِ لَصَحَّةُ الدَّعْوَى وَجِهَانٌ.

الشرط الثاني: كَوْنُهَا مُلْزِمَةً، فَلَوْ قَالَ: وَهَبَ لِي كَذَا، أَوْ بَاعَ، لَمْ تَسْمَعْ دَعَاوَهُ حَتَّى يَقُولَ: وَيُلْزِمُهُ التَّسْلِيمُ إِلَيَّ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَهَبُ، وَيَبِيعُ، وَيَنْقُضُهَا قَبْلَ الْقَبْضِ هَكَذَا^(٦) نَقْلَهُ الْقَوْرَانِيُّ^(٧)، وَالْغَزَالِيُّ، وَغَيْرُهُمَا، وَيَقْرُبُ مِنْهُ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَأَدَّعَى».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَبُو سَعِيدٍ خَطَأً. أَبُو سَعْدٍ: هُوَ الْهَرَوِيُّ».

(٣) هُوَ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْوَهَّابِ الثَّقَفِيُّ النَّيْسَابُورِيُّ. سَلَفَتْ تَرْجُمَتُهُ.

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: وَ(ظ): «وَالْمَسِيلُ» بَدَلُ: «وَمَسِيلِ الْمَاءِ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ١٥٨).

(٥) الذُّرْعَانُ: جَمْعُ ذِرَاعٍ.

(٦) فِي (ظ): «هَذَا».

(٧) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «الرَّوْيَانِيُّ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ١٥٨).

أبو سَعْدٍ: أنه يقول في دعوى الدَّين: لي في ذمته كذا، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه.

قال: وإنما يتعرَّضُ لوجوبِ الأداء؛ لأن الدَّين المؤجَّل لا يجب أدائه في الحال، وكان هذا إذا قصد بالدعوى تحصيل المدَّعى، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى دفع المنازعة، ولا يشترط التعرُّض لوجوب التسليم.

قال ابن الصَّبَّاح: لو قال هذه الدار لي وهو يمنعها، صحَّت الدعوى، ولا يشترط أن يقول: هي في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه، وإن لم تكن في يده. وإذا ادَّعى ولم يقل للقاضي: مرَّه بالخروج عن حَقِّي، أو سلَّه جواب دعواي، فهل يطالبه القاضي؟ وجهان.

قال ابن الصَّبَّاح: الأصحُّ: نعم؛ للعلم بأنه الغرض من الحضور، وإنشاء الدعوى.

قال القاضي أبو سَعْدٍ: الأصحُّ: لا؛ لأنه حقُّه، فلا يستوفى إلا باقتراحه، كاليمين.

قلت: الأول أقوى. والله أعلم.

فعلى^(١) الثاني: طلبُ الجوابِ شرط آخر في صحَّة الدعوى، وسواء شرطنا هذا الاقتراح، أم لم نشرطه، فاقترحه، فيمكن أن يقال: يُغني ذلك عن قوله: ويلزمه التسليم إليّ، وأن من شرطه بناء على أنه لا يشترط الاقتراح المذكور.

فَرَعٌ: لا يشترط لصحَّة الدعوى أن يُعرَفَ بينهما مُخالطة، أو معاملة، ولا فرق فيه بين طبقات الناس، فتصحُّ دعوى دنيء على شريف، وقال الإصطخري: إن شهدت قرائن الحال بكذب المدَّعي، لم يلتفت إلى دعواه، مثل أن يدعي الدنيء استتجار الأمير، أو الفقيه؛ لعلِّف الدواب، أو كنس بيته، ومثله دعوى المعروف بالتعنت، وجَرَّ ذوي الأقدار إلى القضاة، وتحليفهم؛ ليفتدوا منه بشيء.

فَرَعٌ: ادَّعى عليه مالا [١٢٨٥ / ١]، معلوماً^(٢)، وأقام شاهدين، شهدا على

(١) في (ظ)، والمطبوع زيادة: «هذا».

(٢) في المطبوع: «وقام» بدل: «معلوماً».

إقراره بشيء، أو قالوا: نعلم أنّ له عليه مالا، ولا نعلم قدره، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان، حكاهما البغوي وغيره.

أحدهما: نعم، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه، كما لو أقر بمُبهم.

وأصحهما: لا، ويجريان فيما لو شهدا بغصب عبد، أو ثوب، ولم يَصِفاهُ.

فَرَعٌ: عن «فتاوى القفال»: ادّعى دراهم مجهولة، لا يسمع القاضي دعواه، ويقول له: بَيِّن الأقل الذي تتحقّقه.

وإن ادّعى ثوباً ولم يَصِفْهُ أصلاً^(١) لم يُصْغَ إليه؛ بل لو قال: هو كِرْبَاس^(٢)، ولم يَصِفْ، أمره أن يأخذ بالأقل، وهذا فيه إرشاد وتلقين. ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم، لكن الأخذ بالأقل من صفة ثوب عينه، لا وجه له.

المسألة الثالثة: إذا قامت بينة على المدّعي عليه، فطلب من القاضي تحليف المدّعي على استحقاق ما ادّعه، لم يُجِبْهُ؛ لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة، ولأنه كطعن في الشهود.

وإن ادّعى إبراءً، أو قضاءً في الدين، أو بيعاً، أو هبةً، وإقباضاً في العين، نُظِرَ:

إن ادّعى حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة، حلف المدّعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا، فلا يلتفت إلى قوله.

وإن ادّعى أنه جرى قبل شهادة الشهود، فإن لم يحكم القاضي بعد، حلف المدّعي على نفيه، وإن حكّم، لم يحلفه على الأصح.

ولو قال المدّعي عليه: الشهود فسقة، أو كذبة، والمدّعي يعلم ذلك، فهل له تحليفه على أنه لا يعلم؟ وجهان، وطردا في كلّ صورة ادّعى ما لو أقر به الخصم لنفعه ولكن لم يكن المدّعي عين حق له؛ بأن قال المدّعي عليه: إنك أقرت لي بكذا، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى: إن المدّعي حلفني مرة، وأراد تحليفه، أو

(١) في أصل (ظ)، والمطبوع: «أيضاً»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٦٠).

(٢) الكِرْبَاسُ: الثوب الخشن، وهو فارسيّ معرّب، بكسر الكاف، والجمع كرابيس (المصباح: ك رب).

قذفه، فطلب الحدَّ، فادَّعى زِنَى المقدوفِ، وأرادَ تحليفه، ويشبهُ أَنْ يكونَ الأصحُّ أن له التحليفَ، ويؤيده ما سبقَ من قولِ الأصحاب: إِنَّ دعوى الإقرار بالمجهول صحيحةٌ، وإن جوابَ الأكثرينَ في مسألةِ القذفِ التحليفُ.

وإن كان المقدوفُ ميتاً، وأراد القاذفَ تحليفَ الوارثِ أنه لا يعلم زِنَى مورثه، حلفَ، وهذه الصورةُ محكيَّةٌ عن النصِّ، لكن ذكر البغويُّ أن الأصحَّ أنه لا يحلفه إذا ادَّعى فسقَ الشهود، أو كذبَهم، وأما تحليفَ القاضي والشهود، فلا يجوزُ قطعاً؛ لارتفاعِ مَنْصِبِهِمَا^(١).

المسألةُ الرابعةُ: قامت بينةٌ على المدَّعى عليه، وادَّعى أنَّ المدَّعي باعه العينَ المدَّعة، أو باعها لبائعه، أو ادَّعى أنه أبرأه من الدَّين المدَّعى، فأنكرَ، فلا يخفى أنَّ القولَ قولَ المدَّعي، و أنَّ المدَّعى عليه مُدَّع فيما ذكره يحتاج إلى بَيِّنَةٍ، فإن استمهل ليأتي بها، أمهل ثلاثةَ أيامٍ على الصحيح، وقيل: يومٌ فقط.

ولو ادَّعى الإبراءَ ولم يأتِ ببينة، وقال: حلفوه أنه لم يبرئني، حلفناه، ولا يكلفُ توفيةَ الدَّينِ أولاً.

وعن القاضي وجه: أنه يستوفى منه الدَّين أولاً، ثم إن شاء حلفه؛ لأنها دعوى جديدة، والصحيحُ: الأولُ، وليس كما لو قال لوكيلُ المدَّعي: أبرأني [١٢٨٥ / ب] موكلُك، حيثُ يستوفى الحقُّ منه، ولا يؤخَّر إلى حضور الموكِّل وحلفه؛ لعظم الضررِ في التأخيرِ، وهنا الحلفُ متيسِّرٌ في الحال.

ولو قال: إنه أبرأني من هذه الدعوى، فهل يحلف المدَّعي أنه لم يبرئه؟ وجهان.

اختار القفالُ، والغزاليُّ المنعَ.

وادَّعى الرُّوياني أن المذهبَ التحليفُ؛ لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه، برئ.

فَرُع: مُدَّعي الدفع إن قال: قَضَيْتُ، أو أبرأني فذاك، وإن أطلقَ، وقال: لي بَيِّنَةٌ دافعة، استفسر^(٢)؛ لأنه قد يتوهم ما ليس بدافعٍ دافعاً إلاَّ أن يعرفَ معرفته، وإن

(١) في المطبوع: « مَنْصِبِهِمَا ».

(٢) في المطبوع: « واستفسر ».

عَيْنَ جَهَّةٍ، وَلَمْ يَأْتِ بَيِّنَةٌ عَلَيْهَا، وَادَّعَى عِنْدَ انقضاءِ مدَّةِ المهلة^(١) جَهَّةً أُخْرَى، وَاسْتَمَهَلَ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجَابَ، وَإِنْ ادَّعَى فِي الْمَدَّةِ جَهَّةً أُخْرَى، وَجَبَ أَنْ تُسْمَعَ.

الخامسة: الدعوى أنواعٌ، منها: دعوى الدم، ويشترطُ تفصيلُها كما سبق في «الْقَسَامَةِ»، وَأَمَّا دَعْوَى النِّكَاحِ، وَالبَيْعِ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ، فَقَالَ الشَّافِعِيُّ، رَحِمَهُ اللَّهُ: لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ نَكَحَ امْرَأَةً، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ حَتَّى يَقُولَ: نَكَحْتُهَا بُولِيٍّ، وَشَاهِدَيَّ عَدْلٍ، فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ اكْتَفَى فِي دَعْوَى النِّكَاحِ بِالْإِطْلَاقِ، وَلَمْ يَشْطَرِ التَّعَرُّضَ لِهَذَا التَّفْصِيلِ، كَمَا يَكْتَفِي فِي دَعْوَى اسْتِحْقَاقِ الْمَالِ بِالْإِطْلَاقِ، وَحَمَلُوا النِّصَّ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ وَالتَّكْيِيدِ.

وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ الطَّبْرِيُّ: إِنْ ادَّعَى ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ، وَجَبَ التَّفْصِيلُ، وَإِنْ ادَّعَى دَوَامَهُ، فَلَا؛ لِأَنَّ الشُّرُوطَ لَا تَعْتَبَرُ فِي الدَّوَامِ، وَأَخَذَ عَامَةُ الْأَصْحَابِ بِظَاهِرِ النِّصِّ، وَأَوْجَبُوا التَّفْصِيلَ وَالتَّعَرُّضَ لِلشُّرُوطِ ابْتِدَاءً وَدَوَامًا؛ لِأَنَّ الْفُرُوجَ يُحْتَاطُ لَهَا، كَالدَّمَاءِ، وَالْوَطْءُ الْمُسْتَوْفَى لَا يَتَدَارَكُ، كَالدَّمِ. وَأَمَّا الْجَوَابُ عَنِ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى نَفْسَ الْمَالِ، فَإِنَّمَا اكْتَفَى بِالْإِطْلَاقِ؛ لِأَنَّ أَسْبَابَهُ لَا تَنْحَصِرُ، فَيَشَقُّ ضَبْطُهَا، وَإِنْ كَانَ عَقْدًا عَلَى مَالٍ، كَبَيْعٍ، وَإِجَارَةٍ، وَهَبَةٍ، فَثَلَاثَةٌ أَوْجُه.

أَحَدُهَا، قَالَه ابْنُ سُرَيْجٍ: يَشْطَرُ التَّفْصِيلُ، وَذَكَرَ الشُّرُوطَ كَالنِّكَاحِ.

وَالثَّانِي: إِنْ تَعَلَّقَ الْعَقْدُ بِجَارِيَةٍ، اشْتَرَطَ احْتِيَاطًا لِلْبُضْعِ، وَإِلَّا، فَلَا.

وَالثَّالِثُ، وَهُوَ أَصَحُّهَا، وَنَقَلَهُ ابْنُ كَيْجٍ عَنِ النِّصِّ: لَا يَشْطَرُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَالُ وَهُوَ أَخْفُ شَأْنًا، وَلِهَذَا لَا يَشْطَرُ فِيهَا الْإِشْهَادُ بِخِلَافِ النِّكَاحِ.

وَأَمَّا التَّعَرُّضُ فِي دَعْوَى النِّكَاحِ، لِعَدَمِ مَانِعِ النِّكَاحِ، كَالرَّدَّةِ، وَالْعِدَّةِ، وَالرِّضَاعِ، فَلَا يَشْطَرُ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهَا، وَلَكَثَرَتِهَا، فَإِنْ شَرَطْنَا التَّفْصِيلَ فِي النِّكَاحِ، فَيَقُولُ: نَكَحْتُهَا بُولِيٍّ وَشَاهِدَيْنِ. وَيَشْطَرُ وَصْفُ الْوَلِيِّ وَالشَّاهِدَيْنِ بِالْعَدَالَةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَقِيَاسُهُ وَجُوبُ التَّعَرُّضِ لِسَائِرِ الصِّفَاتِ الْمَعْتَبَرَةِ فِي الْأَوْلِيَاءِ، وَلَا يَشْطَرُ تَعْيِينَ الشَّاهِدَيْنِ وَالْوَلِيِّ، وَالْغَرَضُ أَنْ يَعْرِفَ أَنَّ النِّكَاحَ لَمْ يَخُلْ عَنِ الْوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ، وَيَشْطَرُ التَّعَرُّضُ لِرِضَا الْمَرْأَةِ إِنْ كَانَ رِضَاهَا شَرْطًا؛ فَإِنْ

كانت أمةً، اشترطَ التعرُّضُ للعَجْزِ عن الطَّوْلِ، ولخوفِ العَنَتِ على الأصَحِّ.
وإنَّ شَرَطَنَا التَّفْصِيلَ في دعوى البيع، قالوا: يقول: تعاقدنا بثمن معلوم، ونحن
جائزُ التصرُّف، وتفرَّقنا عن تراضٍ [١٢٨٦ / ١].

ويشترطُ في الشهادة على النكاح التَّفْصِيلُ إنَّ قلنا بأشراطِهِ في دعوى النكاح.
وفي « فتاوى القَّال » أنه يشترطُ أن يقولوا بعد تفصيل النكاح: ولا نعلم أنه
فارقها، أو وهي اليوم زوجته.
والإقرارُ بالنكاح يكفي فيه الإِطْلَاقُ على المذهب؛ لأنها لا تقرُّ إلاَّ عن تحقُّق،
وقيل: في اشتراطِ التَّفْصِيلِ فيه الخلاف في الدعوى والشهادة، وهو ضعيفٌ.

ولو شهدوا على إقرارها، لم يشترطُ أن يقولوا: ولا نعلم أنه فارقها، ولتكن
الشهادةُ على البيع والإقرار إذا أوجبنا التَّفْصِيلَ في البيع على قياس ما ذكرنا في
النكاح، ونقلوا في اشتراطِ تقييدِ النكاح والبيع المدَّعين بالصحة وجهين،
وبالاشتراط أجاب الغزاليُّ في « الوجيز »، وقال في « الوسيط »: الوجهُ القطعُ
بأشراطه في النكاح، وأشار إلى أنَّ الوجهين مفرَّعان على أنه لا يشترطُ تفصيلُ
الشرائط، وإيرادُ الهَرَوِيِّ^(١) يقتضي اطرادهما مع اشتراطِ التَّفْصِيلِ ليتضمن ذكر
الصحة نفي المانع.

واعلم: أنَّ دعوى النكاح تارة تكونُ على المرأة، وتارةً على وليِّها المَجْبِر، كما
سبق في مسألة تزويجِ الوليينِ المرأةَ بشخص، وسبقَ هناك أنَّ الأئمةَ قالوا: لو ادَّعى
كُلُّ واحدٍ من الزوجين سبقَ نكاحه، وعلم المرأة به، بُني على أنَّ إقرارها به، هل
يقبلُ؟ إنَّ قلنا: لا، فلا تسمعُ دعواهما عليها، وإنَّ قلنا: نَعَمْ، وهو الأظهرُ،
سُمعت، وهذا يقتضي كونَ سماعِ دعوى النكاح عليها أبداً فيه هذا الخلاف،
فكانهم لم يذكروه هنا؛ اقتصاراً على الأظهر.

المسألة السادسة: دعوى المرأةِ النِّكَاحَ إنَّ اقترنَ بها حقٌّ مِنْ حقوقِ النكاح،
كصدَّقٍ، ونفقةٍ، وقَسَمٍ، وميراثٍ بعد موته، سُمعت، وإنَّ تمَحَّضتِ دعوى
الزَّوجية، سُمعت أيضاً على الأصَحِّ، فإنَّ سُمعت، نُظِرَ:

إِنْ سَكَتَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ، وَأَصْرَرَ عَلَى السَّكُوتِ، أَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَهَلْ يَكُونُ إِنْكَارُهُ طَلَاقًا؟ وَجِهَانِ.

أَصْحُهُمَا: لَا، فَإِنْ قُلْنَا: هُوَ طَلَاقٌ، سَقَطَ مَا ادَّعَتْهُ، وَلَهَا أَنْ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، وَلَوْ رَجَعَ عَنِ الْإِنْكَارِ، وَقَالَ: غَلَطْتُ فِي الْإِنْكَارِ، لَمْ يُقْبَلْ رَجُوعُهُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ إِنْكَارُهُ طَلَاقًا، فَإِنْكَارُهُ كَسْكُوتِهِ، فَيَقِيمُ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ، وَإِنْ رَجَعَ، قَبْلَنَا رَجُوعَهُ، وَسَلَّمْنَا الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ، وَحَلَفَ الرَّجُلُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ أُخْتَهَا، وَأَرْبَعًا سِوَاهَا، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ إِذَا لَمْ نَجْعَلِ الْإِنْكَارَ طَلَاقًا. وَإِنْ ائْتَدَعَ النِّكَاحَ ظَاهِرًا حَتَّى يَطْلُقَهَا أَوْ يَمُوتَ. قَالَ الْبَغَوِيُّ^(١): أَوْ يَفْسَخَ بِإِعْسَارِهِ، أَوْ ائْتَمَنَ إِذَا جَعَلْنَا الْاِئْتِمَانَ مَعَ الْقُدْرَةِ مُمْكِنًا مِنَ الْفَسْخِ، وَلَيْكُنْ هَذَا مَفْرَعًا عَلَى أَنَّ لَهَا أَنْ تَفْسَخَ بِنَفْسِهَا، أَمَّا إِذَا أَحْوَجْنَاهَا إِلَى الرَّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، فَمَا [لَمْ] يَظْهَرُ لَهُ النِّكَاحُ كَيْفَ يَفْسَخُ أَوْ يَأْذَنُ فِي الْفَسْخِ؟ وَيَنْبَغِي أَنْ يَرْفَقَ الْحَاكِمُ بِهِ حَتَّى يَقُولَ: إِنْ كُنْتَ نَكَحْتَهَا، فَهِيَ طَالِقٌ؛ لِيَحِلَّ لَهَا النِّكَاحُ، وَإِنْ نَكَحَ الرَّجُلُ، حَلَفْتُ هِيَ، وَاسْتَحَقَّتِ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ.

فَرْعٌ: امْرَأَةٌ تَحْتَ رَجُلٍ ادَّعَى آخَرَ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ، فَالْصَّحِيحُ أَنَّ هَذِهِ الدَّعْوَى عَلَيْهَا لَا عَلَى الرَّجُلِ؛ لِأَنَّ الْحُرَّةَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ، [١٢٨٦ / ب] فَلَوْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً، لَمْ يَقْدَمْ بَيِّنَةٌ مَنْ هِيَ تَحْتَهُ؛ بَلْ هُمَا^(٢) كَاثِنِينَ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى نِكَاحِ خَلِيتَةٍ، فَيَنْظُرُ:

إِنْ كَانَتَا مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ، أَوْ مُطْلَقَتَيْنِ، فَقَدْ تَعَارَضَتَا، وَلَا يَجِيءُ قَوْلَا الْقِسْمَةِ وَالْقُرْعَةِ، وَإِنْ كَانَتَا مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، قَدِّمَتِ الْبَيِّنَةُ الَّتِي سَبَقَ تَارِيخُهَا بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ هَذَا التَّعَارُضُ فِي مَالٍ؛ فَإِنَّ فِي التَّرْجِيحِ بِالسَّبْقِ قَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّ الْاِئْتِمَالَ فِي الْأَمْوَالِ غَالِبٌ دُونَ النِّكَاحِ.

وَلَوْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ أَحَدُهُمَا عَلَى النِّكَاحِ، وَبَيِّنَةٌ الْآخَرُ عَلَى إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ، فَبَيِّنَةُ النِّكَاحِ أَوْلَى، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ وَاحِدٌ بِأَنَّهُ غَضَبَ مِنْهُ كَذَا، وَبَيِّنَةُ الْآخَرُ بِأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِهِ.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٣٠).

(٢) في المطبوع: «هي».

ولو أَفَرَّتْ لأحدهما؛ فعلى ما ذكرنا، إذا زَوَّجها وَلَيَّانٍ لشخصين، وادَّعى كُلُّ واحدٍ سبقَ نكاحه.

فَرْعٌ: ادَّعَتْ ذاتُ وَلَدٍ أنها منكوحتهُ، وَأَنَّ الولدَ منه، وسمعنا دعوى النكاحِ منها، فَإِنْ أنكَرَ النكاحَ والنسبَ، فالقولُ قولهَ بيمينه، وإن قال: هذا ولدي مِنْ غيرها، أو هذا ولدي، لم يكن مُقَرَّراً بالنكاح.

وإن قال: هو ولدي منها، وجبَ المهرُ، وَإِنْ أَفَرَّ بالنكاح، فعليه النفقةُ والمهرُ، والكِسْوةُ، فَإِنْ قال: كانَ نكاحَ تفويض، فلها المطالبةُ بالفرضِ إِنْ لم يَجِرْ دخولُ، وإن جرى، فقد وجبَ المهرُ بالدخول، فلا معنى للإنكارِ.

المسألة السابعة: ادَّعى رِقَّ بالغٍ، فقال البالغُ: أنا حُرٌّ الأَصْلُ، فالقولُ قوله، وعلى المدَّعي البيِّنَةُ، وسواء كان المدَّعي استخدمه قبل الإنكار، وتسلَّطَ عليه، أم لا، وسواء جرى عليه البيعُ مراراً، وتداولتهُ^(١) الأيدي، أم لا، فَإِنْ كان اشتراه مِنْ غيره، وحلفَ على نفي الرقِّ، فهل يرجعُ المشتري على بائعه بالثَمَنِ؟ فيه كلامٌ سنذكره، إِنْ شاء اللهُ تعالى في المسألة الرابعة من الباب الثاني. فَإِنْ قال البالغُ لمن هو في يده: إنكَ أعتقتني، أو أعتقتني مَنْ باعني لك، طولَبَ بالبيِّنَةِ.

ولو ادَّعى رِقَّ صغيرٍ، فَإِنْ لم يكن في يده، لم يصدَّقْ إلَّا ببيِّنَةٍ، وَإِنْ كان في يده، نُظِرَ:

إِنْ استندت إلى التقاطِ^(٢)، فكذلك على الأظهر، وفي قول: تقبُّلٌ، ويحكم له بالرقِّ، وَإِنْ لم يعرفِ استنادها إلى الالتقاط، صدَّق، وحكمَ له، كما لو ادَّعى المِلْكُ في دابةٍ، أو ثوبٍ في يده، فلو كان مميَّزاً، فأنكَرَ، فالأصحُّ أنه يحكم له برقه، ولا أثر لإنكاره.

والثاني: أنه كالبالغ، وإذا حكمنا له برقه في الصَّغَرِ^(٣)، فبلغَ، وأنكَرَ الرقَّ، فالأصحُّ استمرارُ الرقِّ حتَّى تقومَ بيِّنَةٌ بخلافه.

(١) في المطبوع: « وتداوله ».

(٢) في المطبوع: « النقاط »، تصحيف.

(٣) في المطبوع: « الصغير ».

والثاني: يصدق مُنكر الرقِّ إلَّا أَنْ تقومَ به بَيِّنَةٌ، ولا فرق في جَرَيان الوجهين بين أَنْ يدَّعي في الصغير^(١) ملكه، ويستخدمه، ثم يبلغ، وينكر، وبين أَنْ يتجرَّد الاستخدام إلى البلوغ، ثم يدَّعي ملكه، وينكر المستخدم، واليد على البالغ المسترق، وإن لم يُغن عن البينة عند إنكاره، فهي غيرُ ساقطة بالكلية؛ بل يجوز اعتمادها في الشراء إن سكت المسترق؛ اكتفاءً بأن الظاهر أنَّ الحرَّ لا يسترق.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يجوزُ شراؤه مع سكوته، كما لا يجوزُ مع إنكاره الرقِّ؛ بل يسأل، فإن أقرَّ، اشترى.

الثامنة: في سَمَاعِ الدعوى [١٢٨٧ / أ] بدَّين مؤجِّلٍ أَوْجُهُ:

أصحُّها: لا؛ إذ لا يتعلَّق بها إلزامٌ ومطالبة في الحال.

والثاني: نعم.

والثالث: تسمعُ إن كان له بَيِّنَةٌ^(٢)، لِيُسَجَّلَ^(٣) فيأمن غيبتها وموتها، وإلَّا، فلا.

وفي^(٤) دعوى الأمة الاستيلاء، والرقيق التدبير، وتعليق العتق بالصفة، طريقان.

أحدهما: تقبل؛ لأنها حقوقٌ ناجزة.

والثاني: على الخلاف في الدَّين المؤجِّل، والاستيلاء^(٥) أولاهما بالقبول، وهذا المذكورُ في التدبير إذا لم نجوِّز الرجوعَ عنه بالقول^(٦)، فإنَّ جَوَّزناه، فإنكارُهُ رجوعٌ يبطلُ مقصودَ المدَّعي.

قلت: المذهب: سَمَاعُ دعوى الاستيلاء والتدبير، وتعليق العتق. والله أعلم.

(١) في (ظ، أ): «الصغر».

(٢) في المطبوع: «نية»، غلط.

(٣) في المطبوع: «ليستحل».

(٤) في المطبوع: «أو في»، غلط.

(٥) في المطبوع: «الاستيلاء»، وفي (ظ): «فالاستيلاء».

(٦) في المطبوع: «بالقبول».

فَزَعُ: ادَّعَى عَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ قَبْلَ الْمُحَلِّ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ فِي الْجَوَابِ: لَا يَلْزَمُنِي دَفْعُ شَيْءٍ إِلَيْكَ الْآنَ، وَيَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَقُولَ: لَا شَيْءَ عَلَيَّ مُطْلَقًا، قَالَ الْقَفَّالُ: فِيهِ وَجْهَانِ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ الْمُؤَجَّلَ هَلْ يُوَصَفُ قَبْلَ الْحُلُولِ بِالْوُجُوبِ؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ.

التاسعة: سَلَّمَ ثَوْبًا، أَوْ غَيْرَهُ إِلَى دَلَالٍ لِيَبْعَهُ، فَجَحَدَهُ، وَشَكَّ فِي بَقَاءِ الثَّوبِ، فَلَا يَدْرِي: أَيُّطَالِبُ بِالْعَيْنِ، أَمْ بِالْقِيَمَةِ؟ فَقَدْ سَبَقَ فِي أَوَاخِرِ «بَابِ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ» وَجْهَانِ.

أَصْحُهُمَا: لَهُ أَنْ يَدَّعِيَ عَلَى الشَّكِّ، يَقُولُ: لِي عِنْدَهُ كَذَا، فَإِنْ بَقِيَ، فَعَلَيْهِ رُدُّهُ، وَإِلَّا فَقِيْمَتُهُ، أَوْ مِثْلُهُ.

والثاني: يَشْتَرُطُ فِي الدَّعْوَى الْجَزْمُ، فَيَفْرُدُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَطَالِبَةِ دَعْوَى بِرَأْسِهَا، فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَأَنْكَرَ الْمَدَّعِي عَلَيْهِ، وَلَا بَيِّنَةً، حَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْجَمِيعِ، وَإِنْ نَكَلَ، وَرُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمَدَّعِي، فَهَلْ يَحْلِفُ عَلَى التَّرَدُّدِ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَى التَّرَدُّدِ، أَمْ يَشْتَرُطُ التَّعْيِينَ؟ وَجْهَانِ.

وإن قلنا: يَفْرُدُ لِكُلِّ مَطْلَبٍ دَعْوَى، فَادَّعَى مَا رَأَاهُ أَقْرَبَ، وَنَكَلَ الْخَصْمُ، فَنُكُولُهُ يُوَكِّدُ ظَنَّ الْمَدَّعِي بِكَذِبِهِ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ بِذَلِكَ؟ وَجْهَانِ.

أَصْحُهُمَا: نَعَمْ؛ اسْتِدْلَالًا بِنُكُولِهِ عَلَى كَذِبِهِ، كَمَا يَسْتَدِلُّ بِخَطِّ أَبِيهِ، وَأَجْرِي الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُوَدَّعُ التَّلَفَ، وَتَأَكَّدَ ظَنَّهُ بِنُكُولِ [الْمُوَدَّعِ] هَلْ يَحْلِفُ الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ؟

وفي «فَتَاوَى الْقَفَّالِ»: أَنَّهُ لَوْ^(١) ادَّعَى عَلَيْهِ ثَوْبًا، فَقَالَ: كَانَ فِي يَدَيَّ، وَهَلَكَ، فَأَغْرَمْتُ لَكَ الْقِيَمَةَ، فَقَالَ الْمَدَّعِي لِلْحَاكِمِ: قَدْ أَقَرَّ بِالْثَّوبِ، فَحَلَفَ؛ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَيَّ^(٢)، حَلَفَهُ، فَإِنْ حَلَفَ، قَنِعَ مِنْهُ بِالْقِيَمَةِ، وَإِنْ نَكَلَ وَحَلَفَ الْمَدَّعِي عَلَى بَقَاءِ الثَّوبِ، طَوَّلَبَ بِالْعَيْنِ.



(١) كلمة: «لَوْ» ساقطة من المطبوع.

(٢) فِي (س، أ): «إِلَى».

الباب الثاني في جواب الدعوى

جوابُ المُدَّعى عليه إقرارٌ، أو إنكارٌ، فإن سَكَتَ، وأَصَرَ على السكوتِ، جُعِلَ كالمنكرِ الناكِلِ، فتردَّ اليمين على المدَّعي، فهو كالإنكارِ. والكلامُ في الإقرارِ وصيغته على ما سبق في « كتاب الإقرار »، وقولُ المدَّعى عليه: لي عن دعوأك مخرج، ليس بإقرارٍ؛ لاحتمال الخروج بالإنكار، وكذا قوله: لفلان عليّ أكثر ممّا لك، ليس بإقرار للمخاطب بما ادَّعاه^(١)؛ لاحتمال إرادة الاستهزاء.

قال القاضي أبو سَعْدٍ: وكذا لو قال: لك عليّ أكثر مما ادَّعيت، لم يكن إقراراً؛ لاحتمال أن يريد: لك من الحقّ عندي ما يستحقّ له أكثر مما ادَّعيت، وكما لا يكون قوله: لفلان عليّ أكثر مما لك إقراراً للمخاطب، لا يكون إقراراً لفلان أيضاً؛ لاحتمال أن يريد بالحقّ: الحرمة. فلو قال: لفلان عليّ مالٌ أكثر مما ادَّعيت، فهذا إقرارٌ لفلان، إلّا أنه يقبلُ تفسيره بما دونه في القَدْرِ؛ تنزيلاً على كثرة التركة، أو الرغبة، كما سبق في « الإقرار ».

ولو قال: الحقُّ أَحَقُّ أن يؤدَّى، فليس بإقرارٍ؛ لأن المعنى حيث يكون حقّاً، فأما أنا فبريء.

فصل: في مسائل الباب، هي ستُّ:

الأولى: ادَّعى عليه عَشْرَةٌ، فقال: لا يلزمني العشرة، فليس بجواب تامٍّ؛ بل

التأْمُ أَنْ يَضِيفَ [إِلَيْهِ] : وَلَا شَيْءَ مِنْهَا ، أَوْ وَلَا بَعْضَهَا ، وَكَذَا يَحْلِفُ إِنْ حَلَفَ ؛ لِأَنَّ مُدَّعِيَ الْعَشْرَةِ مُدَّعٍ لِكُلِّ جِزءٍ مِنْهَا ، فَاشْتَرَطَ مِطَابَقَةَ الْإِنْكَارِ وَالْيَمِينَ دَعْوَاهُ ، وَقَالَ الْقَاضِي حُسَيْنٌ : لَا يَكْلَفُ فِي الْإِنْكَارِ أَنْ يَقُولَ : وَلَا شَيْءَ مِنْهَا ، وَإِنَّمَا يَكْلَفُ ذَلِكَ فِي الْيَمِينَ ، وَالصَّحِيحُ : الْأَوَّلُ .

وَإِذَا حَلَفَ الْقَاضِي عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ الْعَشْرَةُ ، وَلَا شَيْءَ مِنْهَا ، فَحَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشْرَةِ ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ ، لَمْ تَلْزِمُهُ الْعَشْرَةُ بِتَمَامِهَا ؛ لَكِنَّهُ نَاكِلٌ عَمَّا دُونَ الْعَشْرَةِ ، فَلِلْمُدَّعِي أَنْ يَحْلِفَ عَلَى اسْتِحْقَاقِ مَا دُونَهَا بِقَلِيلٍ ، وَيَأْخُذَهُ .

وَلَوْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنْ مُطْلَقِ الْيَمِينَ ، وَأَرَادَ الْمُدَّعِي أَنْ يَحْلِفَ عَلَى بَعْضِ الْعَشْرَةِ ، قَالَ الْبَغَوِيُّ : إِنْ عَرَضَ الْقَاضِي عَلَيْهِ الْيَمِينَ عَلَى الْعَشْرَةِ وَعَلَى كُلِّ جِزءٍ مِنْهَا ، فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى بَعْضِهَا ، وَإِنْ عَرَضَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ عَلَى الْعَشْرَةِ وَحْدَهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْحَلْفُ عَلَى بَعْضِهَا ؛ بَلْ يَسْتَأْنِفُ الدَّعْوَى لِلْبَعْضِ الَّذِي يَرِيدُ الْحَلْفَ عَلَيْهِ ، وَحَيْثُ جَوَّزْنَا لِلْمُدَّعِي الْحَلْفَ عَلَى بَعْضِ الْمُدَّعَى ، فَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُسْنِدْهُ إِلَى عَقْدٍ ، فَإِنْ أَسْنَدَهُ ؛ بِأَنَّ قَالَتِ الْمَرْأَةُ : نَكْحَنِي بِخَمْسِينَ وَطَالِبْتَهُ بِهِ ، وَنَكَلَ الزَّوْجُ ، لَمْ يُمْكِنَهَا الْحَلْفُ عَلَى أَنَّهُ نَكَحَهَا بِبَعْضِ الْخَمْسِينَ ؛ لِأَنَّهُ يَنَاقِضُ مَا ادَّعَتْهُ أَوَّلًا .

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّ الدَّارَ الَّتِي فِي يَدِكَ مِلْكِي يَلْزِمُكَ تَسْلِيمُهَا إِلَيَّ ، فَإِذَا أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، يَحْلِفُ أَنَّهَا لَيْسَتْ مِلْكًا لَهُ ، وَلَا شَيْءَ مِنْهَا ، وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ بَاعَهُ إِثَّاها ، كَفَاهُ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ لَمْ يَبِعْهَا .

الثَّانِيَةُ : إِذَا ادَّعَى مَالًا ، وَأَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ ؛ بِأَنَّ قَالَ : أَقْرَضْتُكَ كَذَا ، وَطَالِبُهُ بِبَدَلِهِ ، أَوْ قَالَ : غَصَبْتُ عَبْدِي ، فَتَلَفَ عِنْدَكَ ، فَعَلَيْكَ كَذَا ضَمَانًا ، أَوْ مَزَقْتَ ثَوْبِي ، فَعَلَيْكَ كَذَا أَرْشًا ، أَوْ اشْتَرَيْتُ مِنْكَ كَذَا ، وَأَقْبَضْتُكَ ثَمَنَهُ ، أَوْ اشْتَرَيْتُ مِنْي كَذَا ، فَعَلَيْكَ ثَمَنُهُ ، وَطَالِبُهُ بِالْمُدَّعَى ، فَلَيْسَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنْ يَتَعَرَّضَ فِي الْجَوَابِ لِتِلْكَ الْجِهَةِ ؛ بَلْ يَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئًا ، وَلَا يَلْزِمُنِي تَسْلِيمُ شَيْءٍ إِلَيْكَ ، وَكَذَا يَكْفِيهِ فِي جَوَابِ طَالِبِ الشُّفْعَةِ : لَا شُفْعَةَ لَكَ عِنْدِي ، أَوْ لَا يَلْزِمُنِي تَسْلِيمُ هَذَا الشَّقْصِ إِلَيْكَ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى قَدْ يَكُونُ صَادِقًا فِي الْإِقْرَاضِ وَالْغَصْبِ وَغَيْرِهِمَا ، وَيَعْرِضُ مَا يَسْقُطُ الْحَقُّ مِنْ أَدَاءٍ ، أَوْ إِبْرَاءٍ ، أَوْ هَبَةٍ ، فَلَوْ نَفَى الْإِقْرَاضَ وَنَحَوَهُ كَانَ كَذَابًا ، وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ ، وَادَّعَى الْمَسْقُطَ ، طُولَبَ بِالْبَيِّنَةِ ، وَقَدْ يَعْجِزُ عَنْهَا ، فَدَعَتِ الْحَاجَةُ إِلَى قَبُولِ الْجَوَابِ الْمَطْلُوقِ .

ولو قالت المرأة: طَلَّقْتَنِي، فقال: أَنْتِ زوجتي، كفاه، وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق، وأفضى الأمر إلى الحلف، حَلَفَ على ما أجاب، ولم يكلف [١٢٨٨ / أ] التعرض لنفي الجهة المدّعاة.

ولو حلف على نفي الجهة المدّعاة بعد الجواب المطلق، جاز، ذكره البغوي.

ولو تعرّض في الجواب للجهة، فقال: ما بايعتكَ، أو ما أقرضتني، أو ما مزّقْتُ، فالجواب صحيح.

[ثم] ^(١) إن حلف على وَفَى الجواب، فذاك، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لا يلزمه شيء، فهل يمكن، كما لو أجاب كذلك، أم لا؛ ليتطابق اليمين الإنكار؟ وجهان.

أصحهما: الثاني، وهو المنصوص.

ولو كان في يده مرهون، أو مستأجر، وأدّاه مالكة، كفاه أن يقول: لا يلزمني تسليمه، ولا يجب التعرّض للملك؛ فإن أقام المدعي بيّنة بالملك، نقل في «الوسيط» عن القاضي: أنه يجب عليه تسليمه، واعترض عليه بأنه قد يصدق الشهود، ولا يجب التسليم لإجارة، أو رهن. ولو اعترف بالملك، وأدّعى رهنًا، أو إجارة، وكذّبه المدعي، فمن المصدق منهما؟ وجهان سبقا في باب اختلاف المتراهنين، فإن صدّقه صاحب اليد، فذاك، وإن صدّق المالك، وهو الصحيح، احتجّ مدّعي الرهن، أو الإجارة إلى البيّنة، فإن لم توافقه بيّنة، وخاف جحود الراهن لو اعترف له بالملك، فما حيلته؟ وجهان.

قال القفال: حيلته تفصيل الجواب، فيقول: إن ادّعت ملكاً مطلقاً فلا يلزمني التسليم، وإن ادّعت مرهوناً عندي، فاذكره؛ لأجيب.

وقال القاضي حسين: لا يقبل الجواب المردّد؛ بل حيلته أن يجحد ملكه إن جحد صاحبه الدّين والرهن. وعلى عكسه: لو ادّعى المرتهن، وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدّين، فعلى الوجه الأول، يفصل، فيقول: إن ادّعت ألفاً لي

عندك به كذا رهناً، فحتّى أجيب، وإن ادعت ألفاً، فلا يلزمُني.

وعلى الثاني: صارت العين مضمونةً عليه بالجحد، فلمن عليه الدّين أن يجحد، ويجعل هذا بذاك، ويشترط التساوي، والوجه الأول: أصح، وبه قطع الفُوراني، وذكر أن المدعى عليه يفصل الجواب [أبداً]، ولا يكون ذلك إقراراً بشيء، مثل أن يدعى عليه ألفاً، فيقول: إن ادعت عن ثمن كذا فحتّى أجيب، وإن ادعت عن جهةٍ أخرى، فلا يلزمُني.

فزع: ادعت على رجل ألفاً صدقاً، يكفيه أن يقول: لا يلزمُني تسليم شيء إليها. قيل للقفال: هل للقاضي أن يقول: هل هي زوجتك؟ فقال: ما للقاضي ولهذا السؤال؟ لكن لو سأل، فقال: نعم، قضى عليه بمهر المثل، إلا أن يقيم البينة أنه نكحها بكذا، فلا يلزمه أكثر منه.

الثالثة: إذا ادعى عقاراً، أو منقولاً على إنسان، وقال المدعى عليه: ليس هو لي، نظر:

أيقصر عليه، أم يضيفه إلى مجهول، أم إلى معلوم؟ فإن اقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول؛ بأن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسميه، فثلاثة أوجه.

أحدها^(١): يسلم المال إلى المدعي؛ إذ لا مزاحم له.

والثاني: تنصرف الخصومة عنه، وينتزع الحاكم المال من يده، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق، أخذه، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة.

وأصحها^(٢): لا ينصرف، ولا ينتزع المال من يده، فعلى هذا: إن أقر بعد ذلك [١٢٨٨ / ب] لمعين، قبل، وانصرفت الخصومة إلى ذلك المعين، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه، أو يحلفه، وهل يمكن من أن يعود، فيدعيه لنفسه؟ وجهان.

ولو قال في الجواب: نصفه لي، ولا أدري لمن النصف الآخر، ففي النصف الآخر الأوجه الثلاثة.

(١) في المطبوع: «أحدهما».

(٢) في المطبوع: «وأصحهما».

أمّا إذا أضافه إلى معلوم، فالمضاف إليه ضَرْبان .

أحدهما: مَنْ تتعذّر مخاصمته، وتحليفه بأن قال: هو وَقَفْتُ على الفقراء، أو على المسجد الفلاني، أو على ابني الطفل، أو هو مَلِكٌ له، فالذي قطع به الغزالي، والشيخ أبو الفَرَج^(١): أَنَّ الخصومةَ تنصرفُ عنه، ولا سبيلَ إلى تحليف الولي، ولا طفله، ولا تُغني إلا البيّنة .

قال أبو الفَرَج: وإذا قضى له القاضي بالبيّنة كتب صورة الحال في السجل؛ ليكون الطفل على حجته إذا بلغ .

وقال البغوي^(٢): إذا قال: هو لابني الطفل، أو وقف عليه، لم تسقط الدعوى، فإن أقام بيّنة أخذه، وإلاّ حلف المدعى عليه: أنه لا يلزمه تسليمه إليه إذا كان هو قَيِّم الطفل .

قلت^(٣): اختارَ في « المحرّر » قول البغوي . والله أعلم .

الضَرْبُ الثاني: مَنْ لا تتعذّر مخاصمته وتحليفه، كشخص معيّن، وهو نوعان: حاضِرٌ في البلد، وغائب، فالحاضِرُ يراجع، فإن صدّق المدعى عليه، انصرفت الخصومةُ إليه، وإن كذّبه، فأربعة أوجه .

الثلاثة السابقة في الإقرار .

ورابع^(٤): حكاة ابن الصبّاغ: أنه يقال للمدعى عليه: ادعه لنفسك، فتكون الخصم، أو لمن يصدقك، فيكون هو الخصم، فإن امتنعت، جعلناك ناكلاً، وحلفنا المدعى .

النوع الثاني: الغائب، فإذا أضاف المدعى إلى غائب، ففي انصراف الخصومة عنه أوجه .

(١) هو أبو الفَرَج السرخسي الزّاز .

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٣٤) .

(٣) كلمة: « قلتُ » ساقطة من (م) .

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « ورابعه » .

أصحُّها، وبه قال الأكثرون : ينصرف .

والثاني : لا .

والثالث : إن قال : هو لفلانٍ ، وهو في يدي إجارةٌ ، أو إعارَةٌ ، أو ودِعةٌ ، أو غيرها ، انصرفت .

وإن اقتصرَ على قوله ^(١) : ليس لي ، وإنما هو لفلانٍ ، فلا .

فإن قلنا : لا تنصرفُ ^(٢) ، نُظِرَ :

إن لم يكن للمدَّعي بَيِّنَةٌ ، فله تحليفُ المدَّعي عليه على أنه لا يلزمُهُ تسليمه إليه ، فإن نكَلَ ، حلف المدَّعي ، وأخذ المال من يده ، ثم إذا عاد الغائبُ ، وصدَّق المقرُّ ، ردَّ المال عليه بلا حَجَّة ؛ لأنَّ اليدَ له بإقرارِ صاحبِ اليدِ ، ثم يستأنفُ المدَّعي الخصومةَ معه . وإن أقام المدَّعي بينةً على الحاضرِ ، أخذ المالَ ^(٣) أيضاً ، وهل هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومةُ معه ، أم على الغائبِ ؛ لأن المالَ بمقتضى الإقرار له ؟ وجهان .

أصحُّهما : الأولُ ، ولا يحتاج المدعي مع البينة إلى اليمين ، ويثبت القاضي في السجلِّ أنه قضى له بالبينة بعد ما أقرَّ المدَّعي عليه أنه لفلانٍ الغائب ؛ ليكون الغائب على حَجَّتِهِ ، وإذا عاد ، وأقام البينة ، قضى له ؛ لترجح جانبه باليد ، وإن لم يُقْمَها ، أقرَّ المال في يد المدَّعي ، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجلِّ أن الغائب قَدِمَ ، ولم يأتِ ببينة ، أجابه إليه .

وإن قلنا : تنصرفُ الخصومةُ عنه ، فإن لم يكن للمدَّعي بَيِّنَةٌ ، وقف الأمر إلى أن يحضرَ الغائب [١/١٢٨٩] وإن كانت له بَيِّنَةٌ ، قضى له بالمال ، وهل هو قضاء على الغائب ، ويحتاجُ معه إلى اليمين ، أم على الحاضر الذي تجري الخصومةُ معه ، فلا يحتاج إليها ؟ وجهان .

(١) قوله : « هو لفلان » على قوله « ساقط من المطبوع .

(٢) في المطبوع : « لا ينصرف » .

(٣) في المطبوع زيادة : « من يده » .

رَجَّحَ العراقيون، والرُّويانيُّ الثاني، ولكن الأول أقوى، وأُلقِ بالوجه المفرَّع عليه، واختاره الإمام، والغزاليُّ، هذا كُلُّه إذا لم يُقَمِّ المدَّعى عليه بيّنة أنَّ المالَ للغائب، فإنَّ أقامها، نُظِرَ:

إن ادَّعى أنه وكيل من جهة الغائب، وأثبت الوكالة فبيّنته على أن المال للغائب مسموعة مرجّحة على بيّنة المدعي.

وإن لم يثبت الوكالة، فذكر الإمام، والغزاليُّ فيه ثلاثة أوجه:

أصحُّها: لا تسمعُ بيّنته، وبه قال الشيخ أبو محمد؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائب، فعلى هذا الحكم كما لو لم يُقَمِّ بيّنة.

والثاني: تسمعُ.

والثالث: إن اقتضت البيّنة على أنه لفلان الغائب، لم تسمعُ، وإن تعرّضت مع ذلك لكونه في يد المدَّعى عليه بعاريّة، أو غيرها، سُمعت، فإن لم يسمعها فادَّعى لنفسه حقّاً لازماً، كَرَهْنٍ، وإجارةٍ، وتعرّضت البيّنة لذلك، ففي السَّماع وجهان. وإذا سمعنا بيّنته؛ لصرف اليمين عنه، حكم للمدَّعي بيّنته، فإن رجع الغائب، وأعاد البيّنة، قدّمت^(١) بيّنته، وإن سمعناها؛ لِعلَقَةِ الإجارة، والرهن، فهل تقدّم هذه البيّنة، أم بيّنة المدَّعي؟ وجهان.

أصحُّهما: تقديمُ بيّنة المدعي، ويكون فائدة بيّنته صرف اليمين [عنه]، هذا ما ذكره الإمام، والغزاليُّ، والذي يفتى به، وهو المفهوم من كلام الأصحاب؛ أن المدَّعي إذا أضاف المدَّعى عليه إلى الغائب خصومة معه، وأخرى مع الغائب، فإذا أقام البيّنة، انصرفت الخصومة عنه لا محالة، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما لو اقتصر على الإقرار للغائب، وبنوا على انصراف الخصومة [عنه] أنَّ المدَّعي لو أقام البيّنة والحالة هذه، فلا بدّ له من اليمين مع البيّنة، والقضاء قضاءً على غائب بلا خلاف، وهي بالإضافة إلى الغائب غير مسموعة، فلا يحكم للغائب بالملك بالبيّنة التي أقامها الحاضر على أنه للغائب، فإن تعرّض الشهود مع ذلك لكونه في رَهْن الحاضر، وإجارته، فوجهان.

(١) في (ظ): «قدّم».

أحدهما: تسمع هذه البيّنة للغائب أيضاً، وترجح بيّنته على بيّنة المدّعي؛ لقوتها باليد.

وأصحهما: لا تسمع، فعلى هذا: تعمل بيّنة المدّعي.

فَرْعٌ: متى حكمنا بانصراف الخصومة عن المدّعي عليه بإقراره لحاضر، أو لغائب، أو مجهول على وجهه، فهل للمدّعي تحليفه؟ قولان؛ بناءً على أنه لو أقر له بعد إقراره لغيره، هل يغرّم القيمة؟ وفيه خلاف سبق في «الإقرار»، إن قلنا: نعم، حلّفه، فلعلّه يقر فيغرم القيمة، وإن قلنا: لا، فإن قلنا: التّكول وردُّ اليمين، كالإقرار، لم يحلّفه، وإن قلنا: كالبّيّنة حلّفه؛ لأنه قد ينكّل، فيحلف المدّعي، ويأخذ القيمة، وكأن العين تالفة. وهل يسترد العين من المقرّ له؛ وفاءً بتنزيله منزلة البيّنة؟ وإذا أوجبنا القيمة، وأخذها بإقرار المدّعي عليه ثانياً، أو بيمين المدّعي بعد نُكوله، ثم سلّمت له العين ببيّنة، أو يمينه بعد نكول [١٢٨٩ / ب] المقرّ له، لزمه ردّ القيمة؛ لأنه أخذها للحيلولة، وقد زالت.

فَرْعٌ: ادّعى أنّ هذه الدار وقفت عليّ، وقال من هي في يده: هي ملك لفلان، وصدّقه المقرّ له، انتقلت الخصومة إليه، وليس له طلب القيمة من المقرّ؛ لأنه يدّعي الوقف، ولا يعتاض عنه، كذا قاله البغويّ. وكان لا يبعد طلب القيمة؛ لأن الوقف يضمن بالقيمة عند الإلتلاف، والحيلولة في الحال كالإلتلاف.

ولو رجع الغائب، وكذب المدّعي عليه في إقراره، فالحكم كما سبق فيمن أضاف إلى جاحد، فكذب.

ولو أقام المقرّ له الحاضر، أو الغائب بعد الرجوع بيّنة على الملك، لم يكن للمدّعي تحليف المقرّ؛ ليغرمه؛ لأن الملك استقرّ بالبيّنة، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به.

المسألة الرابعة: اشترى ثوباً أو عبداً^(١) من رجل، فادّعاه آخر، نظراً:

إن ساعده المشتري، وأقرّ له بما ادّعاه، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه،

(١) في المطبوع: «وعبداً».

وإن استحلفَ، فنكَل، فحلف المدّعي، وأخذ المال، قال الشيخ أبو علي: ليس له الرجوع بالثمن^(١) أيضاً بلا خلاف؛ [لتقصيره بالتكول، وحلف المدّعي بعد نُكوله كإقراره، ويجوزُ أن يفرضَ في هذا الخلاف] بناءً على أنه كالبيّنة.

قلت: هذا ضعيفٌ، أو باطل؛ لأن المذهب أنه إنما يكون كالبيّنة في حق المتنازعين دون غيرهما، وكذا^(٢) نقل الشيخ أبو عليّ نحري^(٣) المذهب الاتفاق على عدم الرجوع. والله أعلم.

وإن أثبت المدّعي الاستحقاق بالبيّنة، وأخذ المال، نُظِرَ:

إن لم يصرّح في منازعته للمدّعي بأنه كان ملكاً لبائعي، ولا بأنه ملكي؛ بأن قامت البيّنة، وهو ساكت، فله الرجوع بالثمن قطعاً، وإن صرّح بذلك، فوجهان.

أحدهما: لا يرجع؛ لأن المدّعي ظالم باعترافه.

وأصحهما: الرجوعُ مهما قال ذلك على وجه الخصومة، أو اعتمد ظاهر اليد، ثم بأن خلاف ذلك بالبيّنة، ويجري الوجهان فيما لو قال في الابتداء: يعني هذه الدار؛ فإنها ملكك، ثم قامت بيّنة بالاستحقاق، ولا يجريان فيما لو كان الموجود مجرد الشراء، وإن كان الشراء إقراراً للبائع بالملك، وفرّقوا بأن ذلك إقرارٌ تضمّن الشراء، فبطل بطلان المبايعَة والإقرار المستقل بخلافه.

ولو اشترى عبداً في الظاهر، فقال: أنا حرُّ الأصل، فقد سبق أن القول قولُه، وأن على المشتري البيّنة على رقبه، أو على إقراره بالرق له، أو للذي باعه إيّاه، فإذا حلف حكم بحرّيته في الظاهر، ثم أطلق ابنُ الحَدَّاد أنه لا يرجع المشتري على البائع بالثمن، وفَصَّل أكثرهم، فقالوا: إن لم يصرّح في منازعته بأنه رقيق، رجع، وإن صرّح، فعلى الوجهين.

فُرُوغٌ من كلام القاضي أبي سَعْدِ الهَرَوِيِّ: أقرّ المشتري للمدّعي بالملك، ثم أراد إقامة البيّنة على أنه للمدّعي؛ ليرجع بالثمن على البائع، لم يمكن؛ لأنه يثبت

(١) في (ظ): « باليمين ».

(٢) في (أ، س): « ولهذا ».

(٣) في المطبوع: « تحرير ».

المَلِكَ لغيره بلا وكالة ولا نيابة، كيف والمدَّعي لو أراد إقامة البينة، والحالة هذه، لم يلتفت إليه؛ لاستغنائه عن البينة بالإقرار، وله تحليفُ البائع؛ لأنه ربَّما أقرَّ، فيرجع عليه، فإنَّ نَكَلَ، فهل يحلفُ المشتري يمين الردِّ؟ إن قلنا: النكولُ واليمينُ كالإقرار، [١٢٩٠ / أ] فنَعَمْ، وإن قلنا: كالبينة، فلا.

ولو ادَّعى المسترق المبيع أنه حرُّ الأصل، أو اعترف به المشتري، ثم أراد المشتري إقامة البينة أنه حرُّ الأصل، مُكِّنَ؛ لأن الحرية حقُّ الله تعالى، ولكل أحد إثباتها، وإذا ثَبَّتْ، ثَبَتَ الرجوعُ، ولا يكفي في الرجوع بينة بمطلق الحرية؛ لاحتمال أن المشتري هو الذي أعتقه.

ولو أقام المشتري بعد ما أقرَّ للمدَّعي بينة على إقرار البائع؛ بأنَّ المالَ للمدَّعي قُبِلَتْ، وثَبَتَ الرجوعُ؛ لأنه إذا بان إقرارُ البائع من قَبْلُ، لغا إقرارُ المشتري.

ولو أقام مدَّعي الاستحقاق البينة، وأخذ العين، ثم قامت بينة بأنَّ البائع كان اشتراها من هذا المدعي سُمِعَتْ، ويردُّ^(١) الحكم الأول، وتكون العين للمشتري بالمبايعة السابقة.

فَصْلٌ: جاريةٌ في يد رجلٍ ادَّعى رجلٌ أنها له، فأنكرَ صاحبُ اليد، فأقام المدَّعي بينةً، أو حلفَ بعد نكول المدَّعي عليه، وحكَمَ له بها، فأخذها، فوطئها، ثم قال: كذبتُ في دعواي ويميني، والجاريةُ لمن كانت في يده، لزمه ردُّها، ومهرها، وأرَّشَ نقصها إنْ نَقَصَتْ، ولا يقبلُ قوله: إنها كانت زانية؛ لأنها تنكرُ ما يقول.

وإنْ أَوْلَدَها، ثم كَذَبَ نفسه، لم يقبلُ قوله في إبطال حرِّية الولدِ والاستيلاد؛ لأن إقراره لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولدِ والأمِّ مع المهر، وليس له وطؤها بعد ذلك إلاَّ أَنْ يَشْتَرِيها منه، فإنْ مات، عَتَقَتْ، وولَّأُها موقوفً، فإنْ وافقَتْهُ الجاريةُ في الرجوع، لم يَبْطُلِ الاستيلادُ على الأصحَّ، ولو أنَّ صاحبَ اليد أنكرَ، وحلفَ، وأولَدَ الجاريةَ، ثم عادَ، وقال: كنتُ مُبْطِلًا في الإنكار، والجارية للمدَّعي^(٢)، فالكلامُ في المهر، وقيمة الولد، والجارية، والاستيلاد على ما سبق في طرف المدَّعي.

(١) في المطبوع: « يرد » بدون « الواو ».

(٢) في المطبوع: « المدعي ».

المسألة الخامسة: ما يقبل إقرار العبد فيه، كالحّد، والقصاص، فالدعوى فيه تكون^(١) على العبد، والجواب يُطلب منه.

وما لا يقبل إقراره فيه، وهو الأرض، وضمان الأموال، فالدعوى فيه تتوجّه على السيد؛ لأن الرقبة [التي] تتعلق بها حقّ للسيد.

ولو وجّهت الدعوى على العبد، فوجهان.

أحدهما، وهو اختيار الإمام، والغزاليّ: المنع؛ لأن إقراره به غير مقبول، فعلى هذا: هل للمدعي تحليفه؟ يُبنى على أن الأروش المتعلقة بالرقبة، هل تتعلق بالذمة أيضاً؟ وفيه قولان سيأتیان في « كتاب العتق » إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: نعم، فلا طلبه في الحال، ولا إلزام، وإنما هو شيء يتوقّع فيما بعد، كالدين المؤجل، ويجيء الخلاف السابق في سماع الدعوى بالدين المؤجل، فإن سمعناها، فله تحليف العبد، فإن نكّل، وحلف المدعي اليمين المردودة، لم يكن له التعلّق بالرقبة؛ لأن اليمين المردودة، وإن جعلت كالبيّنة، فلا تؤثر إلّا في حقّ المتداعيين، والرقبة حقّ السيد.

وقيل: له التعلّق بالرقبة، إن جعلناها كالبيّنة.

والوجه الثاني، وهو المقطوع به في « التهذيب » في باب مُدَايَنَةِ الْعَبِيد: أن الدعوى مسموعة على العبد، إن كان للمدعي [١٢٩٠ / ب] بيّنة، وكذا إن لم تكن بيّنة، وقلنا: اليمين المردودة كالبيّنة، وإن قلنا: كالإقرار، فلا، وفي كلّ واحدٍ من الوجهين إشكال، والمتوجّه أن يقال: تسمع الدعوى عليه [لإثبات الأرض في ذمته؛ تفرعاً على الأصلين المذكورين، ولا تُسمع الدعوى، والبيّنة عليه]؛ لتعلّقه بالرقبة.

المسألة السادسة: من ادّعى على رجل عينا، أو ديناً، ولم يحلفه، وطلب كفيلاً منه؛ ليأتي بالبيّنة، لم يلزمه إعطاء كفيل، وإن اعتاد القضاة خلافه، هذا هو المعروف للأصحاب.

وقال بعض المتأخرين: الأمر فيه إلى رأي الحاكم.

وإن أقامَ شاهدين، وطلبَ كفيلاً إلى أن يعدّلاً، فالصحيحُ أنه يطالب به، فإن امتنع، حبسَ لامتناعِهِ، لا لثبوت الحقِّ.

وقال القفالُ: لا يلزمُهُ إعطاءُ الكفيل، لكن للحاكم أن يطالبَهُ به^(١) إذا أدّى^(٢) اجتهاده إليه، وخاف هَرَبَهُ، وقد سبقَ في « الضمان » قوله^(٣): إنَّ كفالةَ البدنِ باطلةٌ. وبالله التوفيقُ.



(١) كلمة: « به » لم ترد في (أ)، ولا في المطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ٩ / ١٨٩).
 (٢) في (ظ)، والمطبوع: « رأى »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ١٨٩).
 (٣) في (أ)، والمطبوع: « قول ».

الباب الثالث في اليمين

فيه أطراف:

الأول: في نفس الحلف، وصيغ الأيمان مستوفاة في موضعها، والمقصود الآن بيان قاعدتين.

إحدهما: أنَّ للتغليظ مدخلاً في الأيمان المشروعة في الدعوى؛ مُبالغة في الزجر، وفيه مسائل:

الأولى: التغليظ يقع بوجوه^(١).

أحدها: التغليظ اللفظي، وهو ضربان.

أحدهما: التعديد، وهو مخصوص باللعان، والقسامة، وواجب فيهما.

الثاني: زيادة الأسماء والصفات؛ بأن يقول: والله! الذي لا إله إلا هو، عالم الغيب والشهادة [الرحمن الرحيم] الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية، أو: والله! الطالب، الغالب، المدرك المهلك، الذي يعلم السر وأخفى، وهذا الضرب مستحب، فلو اقتصر على: «والله»^(٢) كفى.

واستحب الشافعي رحمه الله أن يقرأ على الحالف: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنَهُمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ الآية [آل عمران: ٧٧] وأن يحضر المصحف، ويوضع في حجر الحالف.

(١) في المطبوع: «بوجوده»، غلط.

(٢) في المطبوع لفظ الجلالة: «الله» بدون «الواو».

وذكر بعضهم أنه يحلف قائماً؛ زيادةً في التغليظ.

والوجه الثاني: التغليظُ بالمكان.

والثالث: التغليظُ بالزمان، وهما مفضلان في « كتاب اللعان ». وهل التغليظُ بالمكان مستحبٌّ، أم واجبٌ لا يعتدُّ بالحلفِ في غيره ؟ قولان.

أظهرهما: الأول.

وقيل: مستحبٌّ قطعاً.

والتغليظُ بالزمان مستحبٌّ، وقيل: كالمكان، ورأى الإمامُ طردَ الخلافِ في الضربِ الثاني من التغليظِ [اللفظي].

ومن وجوه التغليظِ المذكورة في اللعان: التغليظُ بحضور جَمْعٍ، ولم يذكره هنا، ويشبهُ أن يقال: الأيمان المتعلقة بإثباتِ حَدٍّ، أو دفعه يكونُ التغليظُ فيها بالجَمْع، كما هو في اللعان.

قلت: الصوابُ القطعُ بأنه لا يعتبرُ هنا. والله أعلم.

ثم التغليظُ هل يتوقَّفُ على طلبِ الخصم، أم يغلظُ القاضي وإن لم يطلب الخصم ؟ وجهان.

أصحُّهما: الثاني، حكاة ابنِ كَجٍّ، ويشبهُ أن يجرياً، سواء قلنا بالاستحباب، أو بالإيجاب.

المسألة الثانية: يجري التغليظُ في دعوى الدم، والنكاح، والطلاق، والرجعة، والإيلاء، واللعان، والعِتق، والحَدِّ، والولاء، والوكالة، والوصاية، وكل ما ليس بمال، ولا يقصد منه المال حتَّى يجري في الولادة، والرِّضَاع [١٢٩١ / ١]، وعيوبِ النساء، وليس قبولُ شهادةِ النساءِ فيها منفرداتٍ؛ لقلَّةِ خَطَرها؛ بل لأن الرجال لا يطلعون عليها غالباً، وتوقَّفُ الإمامُ في الوكالة.

وأما الأموال فيجري التغليظُ في كثيرها، وهو نصابُ الزكاة؛ عشرون ديناراً، أو مِئتا درهم، وأما قليلها وهو ما دون ذلك، فلا تغليظَ فيه إلا أن يرى القاضي التغليظَ؛ لجرأة في^(١) الحالف، فله التغليظُ.

(١) كلمة: « في » ساقطة من المطبوع.

وعن ابنِ القَطَّانِ وجه غريبٌ: أن المالَ الواجبَ بجنائيةٍ عَمْدًا وخطأ يغلظ فيه، وإن قلَّ.

الثالثة: ما جرى فيه التغليظُ يستوي فيه يمينُ المدَّعي عليه، واليمينُ المردودة، واليمينُ مع الشاهد، وقد يقتضي الحالُ تغليظَ اليمين من أحدِ الطرفين دون الآخر، مثل إن ادَّعى عبدٌ^(١) على سيِّده عِتْقًا، أو كِتَابَةً، فأنكرَ السيِّدُ، فإن بلغت قيمته نصاباً، غلظَ عليه، وإلا، فلا، فإن نكَّلَ، غلظَ على العبد بكلِّ حال، والوقوفُ من جانب المدَّعي عليه لا تغليظَ فيه إلا إذا بلغَ نصاباً، وكذا من جانب المدَّعي إن أثبتناه بشاهدٍ ويمينٍ، وإن لم تثبته بهما، غلظَ، كالعتق، وفي وجهه: ما غلظَ من طرفٍ غلظَ من الآخر، والصحيحُ: الأولُ.

وإذا ادَّعى الزوجُ الخُلْعَ على مالٍ، وأنكرته، حصلت البيئونةُ بقوله، وتصدَّقَ الزوجة في إنكار المال بيمينها، ويُنظرُ في التغليظ إلى قِلَّةِ المال وكثرتِه، فإن رُدَّت اليمين، وحلفَ الزوج، فكذلك؛ لأن مقصوده المال، وإن ادَّعت هي الخلع، وأنكرَ، غلظَ عليه؛ لأن مقصوده استدامةُ النكاح، وإن نكَّلَ، فحلفت، غلظَ؛ لأن مقصودها الفراقُ.

الرابعة: مَنْ به مَرَضٌ، أو زَمَانَةٌ، لا يغلظُ عليه في المكان لِعُذْرِهِ، وكذا الحائضُ؛ إذ لا يمكنها اللُّبُّ في المسجد. والمرأةُ المُخَدَّرَةُ في إحضارها مجلسَ الحكم خلافُ سَبَقٍ، فإن أُحضرت، فكالرجل في التغليظ، وإن قلنا: لا تحضر؛ بل يبعثُ القاضي مَنْ يحكم بينها وبين خصمها، فإن اقتضى الحالُ تحليفها، فهل يغلظُ عليها بالمكان، وتكلف حضورَ الجامع، أم لا؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومتابعوه، والغزاليُّ.

فَرْعٌ: مَنْ توجَّهت عليه يمينٌ مغلَّظَةٌ، وكانَ حلفَ بالطلاق أن لا يحلفَ يميناً مغلَّظَةً، فإن قلنا: التغليظُ واجبٌ، غلظَ، ويحنثُ، وإن امتنعَ، جُعل ناكلاً، وإن قلنا: مستحبٌّ، لم يغلظَ^(٢).

(١) كلمة: «عبد» ليست في (أ).

(٢) في المطبوع زيادة: «عليه إلتاف ثوب قيمته عشرة، فإن قال في الجواب: ما أتلفت، يحلف»، وهي مقحمة هنا، مكانها في السطر التالي.

القاعدة الثانية: يشترط كون اليمين مطابقةً للإنكار؛ فإن ادعى عليه إتلاف ثوب قيمته عشرة، فإن قال في الجواب: ما أتلفت، يحلف كذلك، وإن قال: لا يلزمني شيء، حلف كذلك، ويشترط وقوعها بعد تحليف القاضي، فلو حلف قبله، لم يعتد به.

فلو قال الحاكم في تحليفه: قل: بالله! فقال: بالرحمن! لم يكن مجيباً، وكان نكولاً.

ولو قال: قل: بالله! فقال: والله! أو تالله! فهل هو نكول، كالصورة الأولى، أم لا؛ لأنه حلف بالاسم الذي حلفه به؟ وجهان، ويجريان فيما^(١) لو غلط عليه باللفظ، وامتنع^(٢)، واقتصر على قوله: والله! وفيما لو أراد التغليظ بالزمان والمكان فامتنع، فقال القفال في امتناعه [١٢٩١ / ب] من التغليظ اللفظي: الأصح أنه ناكل؛ لأنه ليس له ردُّ اجتهاد القاضي، وقطع بعضهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزمانى دون اللفظي.

الطرف الثاني: في كيفية الحلف: فإن حلف على فعل نفسه، حلف على البت^(٣)، سواء كان يثبت أم ينفيه؛ لأنه يعلم حال نفسه، وإن حلف على فعل غيره؛ فإن حلف على إثباته، حلف على البت، وإن حلف على نفيه، حلف أنه لا يعلمه، وقد يختصر، فيقال: اليمين على البت إلا إذا حلف على نفي فعل غيره، فإذا ادعى عليه مال، فأنكر، حلف على البت، وإن حلف على نفيه، حلف على البت، فإن ادعى إبراء أو قضاء، وأنكر المدعي، حلف على البت.

ولو ادعى وارث على رجل أن لمورثي عليك كذا، فقال المدعى عليه: أبرأني، أو قضيت، حلف المدعى على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه.

ولو كان في يده دار، فقال رجل: غصبها مني أبوك، أو بائعك، فأنكر، حلف على نفي العلم لغصبه.

ولو ادعى رجل على وارث الميت ديناً على الميت، لم يكف ذكر الدين

(١) في المطبوع: «فيهما».

(٢) في المطبوع: «فامتنع».

(٣) البت: القطع والجزم (النجم الوهاج: ١٠ / ٤١٦).

وَوَصَفُهُ؛ بل يذكرُ مع ذلك موتَ من عليه، وأنه حصلَ في يده مِنَ التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه، وأنَّ يعلم دينه على مورثه، وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على العلم يشترطُ في الدعوى عليه التعرُّض للعلم، فيقول: غصبَ مني مورثك كذا، وأنتَ تعلم أنه غصبه. ثم إذا تعرَّض لجميع ذلك؛ فَإِنْ أَنْكَرَ الْوَارِثُ الدَّيْنَ، حَلَفَ عَلَى نفي العلم، فَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الْمَدَّعِي عَلَى الْبَتِّ، وَإِنْ أَنْكَرَ مَوْتَ مَنْ عَلَيْهِ، فَهَلْ يَحْلِفُ عَلَى نفي العلم، أم على الْبَتِّ؛ لأن الظاهر اطلاعه عليه، أم يفرِّق بين تعهده حاضراً، أم غائباً؟ فيه أوجهٌ.

أصْحُهَا: الأول، وَإِنْ أَنْكَرَ حَصُولَ التَّرَكَةِ عنده، حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ، وَإِنْ أَنْكَرَ الدَّيْنَ، وَحَصُولَ التَّرَكَةِ معاً وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى نفي التركة وحده، وَأَرَادَ الْمَدَّعِي تحليله على نفي التركة، ونفي العلم بالدَّيْنِ جميعاً، حَلَفَ عليهما؛ لأن له غرضاً في إثبات الدَّيْنِ، فاعلَّهُ يظفر بوديعة للميت، أو دَيْنٍ فيأخذ منه حقَّه.

ولو ادعى على رجل أَنَّ عَبْدَكَ جَنَى عَلَيَّ بما يوجب كذا، وَأَنْكَرَ، فَهَلْ يَحْلِفُ عَلَى نفي العلم، أم على الْبَتِّ؟ وجهان.

أصْحُهَا: الثاني؛ لأن عبده ماله، وفعله كفعله، ولذلك سُمعت الدعوى عليه. ولو ادعى أَنَّ بَهِيمَتَكَ أَتْلَفْتَ لِي^(١) زرعاً أو غيره حيثُ يجبُ الضمان، فَأَنْكَرَ، حَلَفَ عَلَى الْبَتِّ؛ لأنه لا ذمة لها، والمالك [لا] يضمن بفعل البهيمة؛ بل بتقصيره في حفظها وهو أمرٌ يتعلَّقُ بالحالف.

ولو نصبَ البائع وكيلاً؛ ليقبضَ الثمنَ، ويسلمَ المبيعَ، فقال له المشتري: إِنَّ مَوْكَلَكَ أَذَنَ فِي تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، وَتَرَكَ حَقَّ الْحَبْسِ^(٢)، وَأَنْتَ تَعْلَمُ، فَهَلْ يَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ، أم على نفي العلم؟ قولان، اختيارُ أَبِي زَيْدٍ: الْبَتُّ؛ لأنه يثبتُ لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

قُلْتُ: نفي العلم أقوى. والله أعلم.

ولو طلبَ البائعُ تسليمَ المبيع، فادعى حدوثَ عجز عنه، وقال للمشتري: أنتَ

(١) في (ظ): «علي».

(٢) في المطبوع: «الجنس».

عالم به، فأنكر، حلف على البت؛ لأنه يستبقي [١٢٩٢ / أ] بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه.

ولو مات عن ابن في الظاهر، فقال آخر: أنا أخوك، والميراث بيننا، فأنكر، حلف على البت؛ لأن الأخوة رابطة بينهما، فهو حالف في نفسه، هكذا ذكر الصورتين ابن القاصر، ونازعه آخرون، وقالوا: يحلف على نفي العلم.

قلت: نفي العلم هو الصحيح. والله أعلم.

فزع: ما حلف فيه على البت لا يشترط لجوازه اليقين؛ بل يجوز البت؛ بناء على ظن مؤكّد يحصل من خطئه، أو خطأ أبيه، أو نكول خصمه.

فزع: لو استحلفه القاضي على البت حيث يكون اليمين بنفي العلم، فقد مال عن العدل.

فزع: النظر في اليمين إلى نيّة القاضي المستحلف وعقيدته، وأما النية والتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي لا يغني، ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة.

ولو استثنى، أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه ونيته أو بلسانه، ولم يسمعه الحاكم، فكذلك، وإن سمعه، عزّره، وأعاد اليمين عليه، وإن وصله بكلام، لم يفهمه القاضي منعه منه، وأعاد اليمين عليه، فإن قال: كنت أذكر الله تعالى، قيل له: ليس هذا وقته. وأما العقيدة، فإذا ادّعى حنفيّ على شافعيّ شفعة الجار، والقاضي يرى إثباتها، وأنكر المدّعى عليه، فليس له أن يحلف؛ عملاً باعتقاده؛ بل عليه اتباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزّمه القاضي، وهل يلزمه في الباطن؟ وجهان.

الصحيح باتفاقهم: نعم.

والثاني: لا.

وعن صاحب «التقريب»^(١): أن القضاء في المجتهد فيه ينفذ في حق المقلد ظاهراً وباطناً، ولا ينفذ في حق المجتهد باطناً، فلو حلفه المجتهد على حسب اجتهاده لم يأنم.

(١) صاحب التقريب: هو أبو الحسن، القاسم بن القفال الشافعي الكبير.

قلت: هذا إذا حلفه القاضي، أو نائبه، أمّا إذا حلف الإنسان ابتداءً، أو حلفه غير القاضي من قاهرٍ، أو خصم، أو غيرهما، فالاعتبارُ بنية الحالف بلا خلاف، وينفعه التورية قطعاً، سواء حلف بالله تعالى، أو بطلاق، وعِتاق، وغيرهما، صرح به الماوردي، ونقله ابن الصبّاغ عن الأصحاب، ذكره في كتاب الطلاق. والله أعلم.

الطرف الثالث: في الحالف، وهو كُلُّ مَنْ يتوجّه عليه دعوى صحيحة، وقيل: كُلُّ مَنْ توجّهت عليه دعوى، لو أقر لمطلوبها، ألزم به، فإذا أنكر، حلف عليه، وقُبِلَ منه، ويستثنى عن هذا الضبط صورٌ، فنذكرها مع ما يدخل فيه، ويخرج منه:

إحداها: يجزئ التحليف في النكاح، والطلاق، والرجعة، والفَيْئَة في (١) الإيلاء، وفي العِتق والاستيلاء، والولاء، والنسب، ولا تُسمع دَعْوَى في حدود الله تعالى، ولا يُطلب (٢) الجواب؛ لأنها ليست حقاً للمدعي؛ فإن تعلّق به حق آدمي؛ بأن قذفه، فطلب حدّ القذف، فقال القاذف: حلفوه أنّه لم يزّن، فالأصح أنه يحلف، كما سبق في المسألة الثالثة من الباب الأول، فإن حلف، أُقيم على القاذف، وإن نكّل، وحلف القاذف، سقط حدّ القذف، ولا يثبت بحليفه حدّ الزنى على المقدوف.

ولو ادعى سرقة ماله، سُمعت [١٢٩٢ / ب] دعواه للمال، وحلف المدعى عليه، فإن نكّل، حلف المدعي، واستحقّ المال، ولا يقطع المدعى عليه؛ لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة.

وإذا أقر بما يوجب حدّاً، وادّعى شبهة؛ بأن وطئ جارية أبيه، وقال: ظننتها تحلّ لي، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله، حلف، وسقط بحليفه الحدّ، ولزم المهر، وتُسمع الدعوى.

ويجري التحليف في القصاص، وحدّ القذف، وكذا في الشتم، والضرب الموجبين للتعزير.

الثانية: ادّعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم، أو على الشاهد أنه تعمّد الكذب أو الغلط، أو ادّعى عليه ما يسقط شهادته، لم يحلفا؛ لارتفاع منصبهما عن

(١) في المطبوع: «وفي».

(٢) في المطبوع: «ولا يطلب».

التحليف، وقد سبقَ هذا في البابِ الأولِ، وفي أول « أدب القضاء ».

ولو ادَّعى على المعزول أنه حكم أيام قضائه عليه ظلماً، وأنكر، فقد سبق وجهان في أنه يحلف أم يصدق بلا يمين، وهو الأصح.

هذا في دعوى تتعلق بالحكم، وأمّا ما لا يتعلق بالحكم، كدعوى مال وغيره، فهو كسائر الناس في الخصومات الشرعية يحكم فيها بينه وبين المدعي خليفته، أو قاضي آخر.

الثالثة: الصبي إذا ادَّعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان، صدّق بلا يمين، كما سبق في « الإقرار »، ومن ادَّعى عليه شيء، فقال: أنا صبيّ بعدد، وهو محتمل، لم يحلف، وتوقف الخصومة حتى يبلغ.

وإن وقع في السبي من أثبت، وقال: استنبت الشَّعرَ بالعلاج، وأنا غيرُ بالغ، بُني على القولين السابقين في الحجر أن إنبات العانة نفس البلوغ أم علامته؟ إن قلنا بالأول، فلا حاصل لكلامه، وإن قلنا بالثاني، وهو الأظهر؛ فالمنصوص المعروف في المذهب: أنه يحلف، وهو مُشكل من جهة أنه يدّعي الصِّبا، وتحليف من يدّعي الصِّبا لا وجه له، كما سبق في الإقرار، فقال ابنُ القَطَّانِ والقَطَّالُ: هذا التحليف احتياطٌ واستظهار، ومقتضى كلام الجمهور: أنه واجب، وصرَّح به الرُّوْيَانِيُّ، [ونفى] الخلاف فيه، واعتمدوا في تحليفه الإنبات، وقالوا: كيف نترك الدليل الظاهر بزعم مجرّد؟ فإذا حلف، ألحق بالصِّبيان، وحقن دمه، وإن نكل، فالمنصوص أنه يقتل.

والثاني: يُخلَى.

والثالث: يجسُّ حتى يحلف أو يُقرّ.

والرابع: يجسُّ حتى يتحقّق بلوغه، ثم يحلف على ما ادّعاه من الاستعجال، فإن لم يحلف قتلناه.

الرابعة: ادَّعى رجلٌ ديناً على ميت، أو أنه أوصى له شيء، وللميت وصي في قضاء دينه، وتنفيذ وصاياه، فأنكر، فإن كان للمدّعي بَيِّنَةٌ، حكم بها، وإن لم يكن وأراد تحليف الوصي على نفي العلم، لم يمكن؛ لأن مقصود التحليف أن يُقرّ،

والوصيّ لا يقبلُ إقراره بالدين والوصية، فلا معنى لتحليفه، فلو كان وارثاً، حلفَ بِحَقِّ الْوَرَاثَةِ، وَقَيِّمُ الْقَاضِي كَالْوَصِيِّ.

فَرَزَعُ: عَلَى إِنْسَانٍ حَقٌّ لِرَجُلٍ، فَطَالِبُهُ^(١) به رجل، وزعم أنه وكيل المستحق، ولم يَقمَ بَيِّنَةٌ، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة، لم يَمَكُنْ^(٢)؛ لأنه لو اعترف بالوكالة، لم يلزمه تسليم الحق، هذا هو المذهب، وسبق في «الوكالة» وجّه: أنه يلزمه التسليم، وعلى هذا: له تحليفه، وأن له تحليفه، وإن لم يلزمه التسليم [١٢٩٣ / أ] باعترافيه، إذا قلنا: اليمينُ المردودة كالْبَيِّنَةِ.

فَرَزَعُ: هل للوكيل بالخصومة إقامة بَيِّنَةٍ على وكالته من غير حضور الخصم؟ وجهان، حكاهما الإمام.

عن القاضي حسين: اشتراطه.

وغيره: منعه.

وقد سبق في الوكالة أن الإمام حكى عن القاضي [حُسين]: أنه إذا كان الخصم غائباً، نصب الحاكم مسخراً عنه، كان المراد هنا إذا كان حاضراً في البلد، وهناك إذا كان غائباً، والأصحُّ سماعُ البَيِّنَةِ من غير حاجة إلى حضوره، ولا إلى نصب مسخر.

ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم، استغنى عن حجة يُقيمها، إن كان الخصم حاضراً، فإن لم يكن، فَيُنَى عَلَى أن القاضي هل يَقْضِي بعلمه؟

الطرف الرابع: في^(٣) فائدة اليمين، وحُكْمُهَا وهو انقطاع الخصومة، والمطالبة في الحال، لا سقوط الحق، وبراءة الذمة، فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه، سُمعت، وقضى بها، وكذا لو رُدَّت اليمين على المدعي، فَكَلَّ، ثم أقام بَيِّنَةً، وهذا إذا لم يتعرَّض وقت التحليف للبيّنة، فإن كان قال حينئذ: لا بَيِّنَةٌ لي حاضرة ولا غائبة، فهذه الصورة ذكرناها في الطرف الثاني من الباب الثاني من «أدب القضاء»^(٤) مضمومة إلى ما لو اقتصر على قوله: لا بينة لي، وفيهما خلاف،

(١) في المطبوع: «فطلبه».

(٢) في المطبوع: «لم يكن له» بدل: «لم يَمَكُنْ».

(٣) كلمة: «في» ساقطة من المطبوع.

(٤) في (ظ): «القاضي».

والأصْح: السماعُ أيضاً، وذكرنا هناك أنه لو قال: لا بينة لي حاضرة، ثم أقام بينةً سمعت، فلعلها حضرت، وأنه لو قال: لي بينة ولا أقيمها؛ بل أردتُ يمينه، أجابه القاضي، وحلف المدعى عليه، هذا هو الأصح.

وفي «فتاوى القفال» أنه لا يجيئه؛ بل يقول: أحضر البينة.

فَرُغ: أقام المدعى بدعواه شهوداً، ثم قال: كَذَبَ شُهودي، أو شهدوا مُبطلين، فلا شك في سقوط بَيِّنَتِهِ، وامتناع الحكم، وفي بطلان دعواه وجهان.

أحدهما: تبطل، كما لو كذب نفسه، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى.

وأصحهما: لا؛ لاحتمال كونه مُحِقّاً في دعواه، والشهود مبطلين لشهادتهم بما لا يعلمون، وفي مثل هذا قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ﴾ [المنافقون: ١].

وبني على الوجهين ما لو أقام المدعى شهوداً، فزعم المدعى عليه أن المدعى أقر بأن شهوده كذبة، وأقام عليه شاهداً، وأراد أن يحلف معه، هل يمكن، ويحكم بشاهده ويمينه؟ إن قلنا: هذا الإقرار لا يبطل أصل الدعوى، فلا؛ لأن المقصود حينئذ الطعن في الشهود، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها، وجرح الشهود، والطعن فيهم لا يثبت بشاهد ويمين، وإن كانت الشهادة بمال.

وإن قلنا: يُبطلها، مكن؛ لأن المقصود حينئذ إسقاط^(١) الدعوى بالمال، فهو كادعاء الإبراء بشاهد ويمين.

فَرُغ: في «فتاوى القفال» وغيره: أقام شاهدين في حادثة، وكانا استبعا الدار منه، بطلت شهادتهما.

ولو أقام شاهدين بأن هذه الدار ملكه، وأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعى قالا: لا شهادة لنا في ذلك، سألهما الحاكم: متى قال ذلك شاهداً^(٢) المدعى؟ فإن قالا: قالاه أمس، أو من شهر، لم تندفع شهادتهما بذلك؛ لأنهما [١٢٩٣ / ب] قد لا يكونان شاهدين، ثم يصيران.

(١) في (ظ): «سماع»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «شاهدي»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).

وإن قالوا: قالاه^(١) حين تصدّيا لإقامة الشهادة، اندفعت شهادتهما.

ولو أقام المشهود عليه شاهدين^(٢) أنّ المدعي، أقرّ بأنّ شاهديه شربا الخمر وقت كذا؛ فإن طالت المدّة بينه وبين أداء الشهادة، لم يقتض ذلك ردّ الشهادة، وإن قصّرت، ردّت شهادتهما.

وإن شهدا: أنه أقرّ بأنهما شربا الخمر من غير تعيين وقت، سئل المدعي عن وقته، وحكم بما يقتضيه تعيينه.

ولو أقام المدعي بيّنة، ثم قال للقاضي: لا تحكم بشيء حتّى تحلفه، بطلت بيّنته، لأنه كالمعترف بأنها ممّا لا يجوز الحكم بها.

قلت: هذا مُشْكِلٌ، فقد يقصدُ تحليفه؛ ليقيم البيّنة، ويظهر إقدامه على يمين فاجرة، أو غير ذلك من المقاصد التي لا تقتضي قذحا في البيّنة، فينبغي أن لا تبطل البيّنة. والله أعلم.

فصل: إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه عند الحاكم، فقال للحاكم: قد حلفني مرة على هذا بطلبه، فليس له تحليفي، فإن حفظ القاضي ما قاله، لم يحلفه، ومنع المدعي ممّا طلب، وإن لم يحفظه، حلفه، ولا ينفعه إقامة البيّنة عليه؛ لما سبق أن القاضي متى تذكّر حكمه أمضاه، وإلاّ، فلا يعتمد بيّنة.

وعن ابن القاصّ: جواز سماع البيّنة فيه، حكاه الهروي، ومقتضاه الطرد في كل باب.

وإن قال حلفني عند قاض آخر وأطلق، وأراد تحليفه على ذلك، فوجهان، قال ابن القاصّ بالمنع؛ إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه، وهكذا فيدور الأمر، ولا ينفصل.

وأصحهما، وبه قطع البغوي، وغيره: يمكن منه؛ لأنه محتمل غير مُستبعد، ولا يسمع مثل ذلك من المدعي؛ لئلاّ يتسلسل، فعلى هذا: إن كانت له بيّنة أقامها،

(١) في المطبوع: «قالا»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).

(٢) في المطبوع: «بشاهدين»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٥).

وتخلّص عن الخصومة، وإن استمهل ليقيم، فقياسُ البيّنات الدوافع أن يمهل ثلاثة أيام.

وعن القاضي حسين: أنه لا يُمهل أكثر من يوم.

وإن لم تكن بيّنة، حلف المدّعي أنه ما حلفه، ثم يطلب المال، فإن نكّل، حلف المدّعي عليه، وسقطت الدعوى.

فلو أراد أن يحلف يمين الأصل، لا يمين التحليف المردودة عليه، قال البغوي: ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى؛ لأنهما^(١) الآن في دعوى أخرى. ولو قال [المدّعي في جواب] المدّعي عليه: حلفني مرة على أني ما حلفته، وأراد تحليفه، لم يُجب؛ لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى.

ولو ادّعى مالا على رجل، فأنكر، وحلف، ثم قال المدّعي بعد أيام: حلفت يومئذ، لأنك كنت معسراً لا يلزمك تسليم شيء إليّ، وقد أيسرت الآن، فهل يسمع؛ لإمكانه، أم لا؛ لثلاث يتسلسل؟ وجهان.

قلت: الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر. والله أعلم.

فرع: إنما يحلف المدّعي عليه إذا طلب المدّعي يمينه، فإن لم يطلب، ولم يقلع عن المخاصمة، لم يحلفه القاضي، ولو حلف، لم يعتدّ بتلك اليمين، وقال القفال الشاشي^(٢): لا يتوقف التحليف على طلبه، والصحيح: الأول.

ولو امتنع من تحليفه بالدعوى السابقة، جاز؛ لأنه لم يسقط حقه من اليمين، فإن قال: أبرأتك عن اليمين، سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف [١٢٩٤ / أ] الدعوى وتحليفه.



(١) في المطبوع: «لأنها».

(٢) هو القفال الشاشي الكبير، أبو بكر، محمد بن علي بن إسماعيل.

البابُ الرابعُ في النُّكولِ

إذا أنكر المدعى عليه، واستخلف، فنكل عن اليمين، لم يُقَضَ عليه بالنُّكول؛ بل تردُّ على المدعى، فإن حلف، قُضي له، فإن لم يعرف المدعى تحوُّل اليمين إليه بنكول المدعى عليه، عرَّفهُ القاضي، ويبيِّن أنه إن حلف، استحقَّ، وإنما يحصلُ النكول بأن يعرض القاضي اليمين عليه، فيمتنع، وفُسِّر العرض؛ بأن يقول: قل: والله! والامتناع بأن يقول: لا أحلف، أو أنا ناكل، قال الإمام: قوله: قل: والله! ليس أمراً جازماً، وإنما المراد بيان وقت اليمين المعتد^(١) بها على المدعى.

ولو قال: أتحلف بالله؟ فقال^(٢): لا، فليس بنكول.

ولو بدَّر حين سمع هذه الكلمة، وحلف، لم يعتدَّ بيمينه؛ لأنه استخبار^(٣) لا استحلاف.

ولو قال له: احلف، فقال: لا أحلف، قال البغوي: ليس بنكول، وقال الإمام: نكول، وهو أوضح، ولا فرق بين قوله: قل: بالله! وقوله: احلف بالله.

ولو استخلف، فلم يحلف، ولا تلفظ بأنه ناكل، أو ممتنع، فسكوته نكول، كما أنَّ السكوت عن الجواب في الابتداء يجعل كالإنكار. ثم ذكر الإمام وغيره أنه إن صرَّح بالنكول، لم يشترط حكم القاضي بأنه ناكل، وإن سكت، حكم القاضي بأنه

(١) في (ظ)، والمطبوع: «المعتد»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٠٩).

(٢) في المطبوع: «وقال».

(٣) في المطبوع: «استنجاز»، غلط.

ناكل ليرتب عليه ردّ اليمين. وقول القاضي للمدّعي: احلف، نازل منزلة قوله: حكمت بأن المدّعى عليه ناكل، وإنما يحكم بأنه ناكل بالسكوت إذا لم يظهر كون السكوت؛ لدهشة، وغباوة، ونحوهما.

ويستحب للقاضي أن يعرض اليمين على المدّعى عليه ثلاث مرات، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول.

ولو تفرّس فيه سلامة جانب، شرح له حكم النكول، وإن لم يشرح، وحكم بأنه ناكل، وقال المدّعى عليه: لم أعرف النكول، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام.

أصحهما: النفوذ. وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل أن يتنكّل.

ولو أراد المدّعى عليه بعد الامتناع أن يعود، فيحلف، نُظِرَ:

إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل، أو قال للمدّعي: احلف، لم يكن له الحلف، وإن أقبل عليه ليحلفه، ولم يقلّ بعد: احلف^(١)، فهل هو كما لو قال: احلف؟ وجهان، وإن لم يجز شيء من ذلك، فله الحلف حتى لو هرب المدّعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل، وقبل أن يعرض اليمين على المدّعي، لم يكن للمدّعي أن يحلف اليمين المردودة، وكان للمدّعى عليه أن يحلف إذا عاد، وهكذا أطلق البغوي وغيره، ومقتضاه التسوية بين التصريح بالنكول، وبين السكوت حتى لا يمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بالنكول، أو بعد عرض اليمين على المدّعي، وفي التصريح احتمالاً. وحيث منعناه العود إلى الحلف، فذلك إذا لم يرّض به المدّعي؛ فإن رضي، فله العود إليه على الأصح؛ لأن الحق لا يعدوهما، فلو رضي بأن يحلف المدّعى عليه والحالة هذه، فلم يحلف، لم يكن للمدّعي أن يعود إلى يمين الرد؛ لأنه أبطل حقه برضاه بيمين المدّعى عليه.

فَرْع: نقل الرُؤْيَانِي أَنَّ قول [١٢٩٤ / ب] القاضي للمدّعي: أتحلف أنت؟ كقوله: احلف، حتى لا يتمكن المدّعى عليه من الحلف بعد ذلك، قال: وعندي فيه نظر.

(١) في (ظ)، والمطبوع: «ولم يقبل بعد ما حلف»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز): ١٣ / ٢١٠.

فَرَعُ^(١): المدّعي إذا رُدَّتِ اليمينُ عليه قد يحلفُ، وقد يمتنعُ؛ فإن حلفَ، استحقَّ المدّعي، وهل يمينه بعد نكول المدّعي عليه كالبيّنة، أم كإقرار المدّعي عليه؟ فيه قولان.

أظهرهما: الثاني، ويتفرّع عليهما مسائل كثيرة مذكورة في مواضعها.

ومنها: أن المدّعي عليه لو أقام بيّنة بالأداء، أو الإبراء بعد ما حلف المدّعي، فإن قلنا: يمينه كالبيّنة، سُمعت بيّنة المدّعي عليه، وإن قلنا: كالإقرار، فلا؛ لكونه مكذباً للبيّنة بالإقرار، وهل يجبُ الحقُّ بفراغ المدّعي من اليمين المردودة، أم لا بُدُّ من حكم الحاكم بالحق؟ وجهان، حكاهما الهروي، الأرجح: الأول.

أمّا إذا امتنع المدّعي من الحلف، فيسأله القاضي عن امتناعه، فإن لم يتعلّل بشيء، أو قال: لا أريدُ الحلفَ، فهذا نكولٌ، يسقطُ حقّه من اليمين، وليس له مطالبةُ الخصم وملازمته، وهل يتمكّن من استئناف الدعوى، وتحليفه في مجلسٍ آخر، فإن نكّل، حلف المدّعي، أم لا يتمكّن من ذلك، ولا ينفعه بعده إلا البيّنة؟ وجهان، الذي ذكره العراقيون، والهروي، والرؤياني: الأول، وبالثاني قال الإمام، والغزالي، والبغوي، وهو أحسن وأصح؛ لثلاث تكررّ دعواه في القضية الواحدة.

وإن ذكر المدّعي لامتناعه سبباً، فقال: أريدُ أن آتي بالبيّنة، أو أسألَ الفقهاء، أو أنظرَ في الحساب، ترك، ولم يبطلْ حقّه من اليمين، وهل تقدّر مدة الإمهال بثلاثة أيام؟ وجهان.

أصحهما: نعم، لثلاث تطول مدافعتُهُ.

والثاني: لا تقدير؛ لأن اليمينَ حقُّه، فله تأخيرُهُ إلى أن يشاء، كالبيّنة.

ولم يذكر الشافعي رحمته الله فيما إذا امتنع المدّعي عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه، فقال ابن القاص: قياس ما ذكره في امتناع المدّعي أن يسأل المدّعي عليه عن سبب امتناعه أيضاً، وامتنعَ عامةُ الأصحاب من هذا الإلحاق فارقين؛ بأن امتناع المدّعي عليه أثبت للمدّعي حقَّ الحلف، والحكم بيمينه، فلا يؤخّر حقّه بالسؤال، وامتناع المدّعي لا يثبت حقّاً لغيره، فلا يضرّ السؤال.

ولو قال المدعى عليه حين استخلف: أمهلوني؛ لأنظر في الحساب، أو أسأل الفقهاء، فهل يمهل ثلاثة أيام، أم لا يمهل شيئاً إلا برضا المدعى؟ وجهان.

أصحهما، وأشهرهما: الثاني؛ لأنه مقهور محمول على الإقرار، أو اليمين بخلاف المدعى؛ فإنه مختار في طلب حقه وتأخير.

ولو استمهل المدعى عليه في ابتداء الجواب؛ لينظر في الحساب، ذكر^(١) الهروي أنه يمهل^(٢) إلى آخر المجلس إن شاء.

ولو علل المدعي امتناعه بعذر كما ذكرنا، ثم عاد بعد مدة ليحلف، مكن منه، وإن لم يتذكر القاضي نكول خصمه، أثبت بالبيّنة، وكذا لو أثبت عند قاضي آخر نكول خصمه له أن يحلف. وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي، ثم حضر الموكل له أن يحلف، ولا يحتاج إلى استئناف دعوى.

ولو أقام المدعي شاهداً ليحلف معه، فلم يحلف، فهو كما لو ارتدت اليمين إليه، فلم يحلف، فإن علل امتناعه بعذر، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبداً، أم لا يزاو على ثلاثة أيام؟ وإن لم يعلل [١٢٩٥ / أ] بشيء، أو صرح بالنكول، فقد ذكر الغزالي، والبخوي: أنه يبطل حقه من الحلف، وليس له العود إليه، واستمر العراقيون على ما ذكره هناك.

قال الأصحاب: لو امتنع من الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم، انقلبت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه، فليس له أن يعود ويحلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر، وأقام الشاهد، فله أن يحلف معه، وعلى الأول: لا ينفعه إلا بيّنة كاملة.

فصل: ما ذكرنا^(٣) من أنه ترد اليمين على المدعي، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول هو الأصل المقرر في المذهب، لكن قد يتعذر رد اليمين، وحينئذ من الأصحاب من يقول بالقضاء بالنكول، وبيانه بصور.

(١) في المطبوع: « وذكر ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « ينظر ».

(٣) في المطبوع: « ذكرناه ».

إحداها: طوَلَبَ صاحب المال بالزكاة، فقال: بادلتُ بالنصاب في أثناء الحول، أو دفعتُ الزكاة إلى ساعٍ آخَرَ، أو غَلِطَ الخارِصُ في الحَرْصِ، أو أَصَابَ الثَمَرَ جائِئَةً، واتهمه الساعي، فيحلفُ على ما يدَّعيه؛ إيجاباً أو استحباباً على الخلاف السابق في « كتاب الزكاة »، فإن نكَل، لم يطالب بشيء، إن قلنا بالاستحباب، وإن قلنا بالإيجاب، فإن انحصَرَ المستحقون في البلد، وقلنا بامتناع النِّقْلِ، رُدَّتِ اليمينُ عليهم، وإلاَّ فيتعذَّرُ الرَّدُّ على الساعي والسلطان، وفيما يفعلُ أوجُهُ.

أحدها: لا يطالبُ بشيء إذا لم تَقُمْ عليه حُجَّةٌ.

والثاني: يُجْبَسُ حَتَّى يُقَرَّ، فيؤخذ منه، أو يحلف، فيترك.

والثالث: إن كان صاحبُ المال على صورة المدَّعي؛ بأن قال: أديتُ في بلدٍ آخَرَ، أو إلى ساعٍ آخَرَ، أخذتُ منه الزكاة^(١)، وإن كان على صورة المدَّعي عليه؛ بأن قال: ما تَمَّ حَوْلِي، أو الذي في يدي لفلان المكاتب، لم يؤخذ منه.

والرابع، وهو الأصحُّ الأشهر: يؤخذُ منه الزكاة، وكيف سبيلُهُ؟ وجهان، قال ابنُ القاصِّ: هو حكمٌ بالنكول، ورواه عن ابنِ سُرَيْجٍ، وسببُهُ الضرورة، وقال الجمهور: ليس حكماً بالنكول، لكن مقتضى ملكِ النَّصابِ، ومقتضى الحولِ الوجوب، فإذا لم يثبت دافعٌ، أخذنا الزكاة.

الثانية: إذا مات ذميٌّ في أثناء السنة، فهل عليه قِسْطُ ما مضى، أم لا شيء عليه؟ قولان سبقا.

فلو غاب ذميٌّ، ثم عاد مسلماً، فقال: أسلمتُ قبلَ تمامِ السنة، فليس عليَّ جِزْيَةٌ، أو ليس [عليَّ]^(٢) تمامُها، وقال عامِلُ الجزية: بل أسلمتَ بعدها، فعليك تمامُ الجزية، حلفَ الذي أسلم استحباباً في^(٣) وجه، وإيجاباً في^(٤) وجه.

فإن قلنا بالإيجاب، فنكَل، فهل يُقضى عليه بالجزية، أم لا يطالبُ بشيء، أم

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢١٦) زيادة: « إذا لم يحلف ».

(٢) كلمة: « عليَّ » ساقطة من (ظ)، والمطبوع.

(٣) في (ظ): « وفي ».

(٤) في (ظ): « وفي ».

يحبس؛ ليقَرَّ، فيؤخذ منه، أو يحلف، فيترك؟ فيه أوجه. قال الإمام: وقيد ابنُ القاصِّ بما إذا غاب، ثم عاد مسلماً، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا، وصادفناه مسلماً بعد السنة، وادَّعى أنه أسلم قبل تمامها، وكنتم إسلامه، لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر أنَّ مَنْ أسلم بدار الإسلام لا ^(١) يكتُمه.

الثالثة: وَلَدُ المرتزقة ^(٢)، إذا ادَّعى البلوغ بالاحتلام، وطلب إثبات اسمه في الديوان، فوجهان.

أحدهما: يصدِّقه بلا يمين؛ لأنه إن كان كاذباً، فكيف نحلفه وهو صبيٌّ؟ وإن كان صادقاً، وجب تصديقه.

وأصحُّهما: يحلف عند التهمة، فإن نكَل، لم يثبت اسمه إلى أن يظهر بلوغه. ويقرب منه أنَّ مَنْ شهد الواقعة مِنَ المراهقين إذا ادَّعى الاحتلام، وطلب سَهْم [١٢٩٥ / ب] المقاتلة، أعطي إن حلف، وإلا فوجهان.

أحدهما: يعطى، ثم قيل: هو إعطاء بلا يمين؛ لأن احتلامه لا يعرف إلا منه، فصدَّق فيه، كما تصدَّق المرأة في الحيض، ويقع الطلاق المعلق عليه، وقيل: لأنَّ شهود الواقعة يقتضي استحقاقهم السهم.

وأصحُّهما: لا يعطى، قال ابنُ القاصِّ: وهو قضاء بالنكول، وقال غيره: إنما لم يُعط؛ لأنَّ حُجَّتَه في الإعطاء اليمين، ولم توجد.

الرابعة: مات مَنْ لا وارث له، فادَّعى القاضي، أو منصوبه ديناً له على رجل وجده في تذكرته، فأنكر المدَّعى عليه، ونكَل، فهل يُقضى عليه بالنكول، ويؤخذ منه المال، أم يحبس حتَّى يُقَرَّ، أو يحلف، أم يترك لكن يَأْتُم إن كان معانداً؟ فيه ثلاثة أوجه، ويجري فيما لو ادَّعى وصي ^(٣) ميت على وارثه: أنه أوصى بثلثه للفقراء، وأنكر الوارث، ونكَل.

ولو ادَّعى وليُّ صبيٍّ، أو مجنون ديناً له على رجل، فأنكر، ونكَل، ففي ردِّ اليمين على الولي أوجه.

(١) في المطبوع: «لم».

(٢) في (أ): «المرتزق».

(٣) في المطبوع: «ولي صبي» بدل: «وصي»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢١٧).

أحدها^(١): تردّ؛ لأنه المستوفي .

والثاني: لا ؛ لأن إثبات الحقّ لغير الحالف بعيدٌ .

والثالث: إنّ ادّعى ثبوته بسبب باشره بنفسه، رُدّت، وإلّا، فلا . وأجري الخلاف فيما لو أقام شاهداً، هل يحلفُ معه ؟ وفيما لو ادّعى على الولي دين في ذمّة الصبيّ، هل يحلفُ الولي إذا أنكر ؟ والوصيّ والقيّم في ذلك كالوليّ، ويجري في قيّم المسجد والوقف إذا ادّعى للمسجد، أو للوقف، وأنكر المدّعى عليه، ونكّل .

وتحليفُ الوليّ والصبيّ سبقَ لهما ذكرٌ في آخر « كتاب الصّدّاق » .

ثم ميل الأكثرين إلى ترجيح المنع من الأوجه الثلاثة، ولا بأس بوجه التفصيل، وقد رجّحه أبو الحسن العبّاديّ، وبه أجاب السرخسيّ في « الأُمالي »، فإنّ منَعنا ردّ اليمين إلى الوليّ والوصيّ، انتظرنا بلوغَ الصبيّ، وإفاقة المجنون، وكتب القاضي المحضّر بنكول المدّعى عليه، وتصيرُ اليمينُ موقوفةً على البلوغ، والإفاقة، ويعودُ في قيّم المسجد والوقف الوجهان في أنّه يُقضى بالنكول، أم يحبسُ ليحلفَ، أو يُقرّ، والأصحُّ في مسألة من لا وارث له أنّ لا يُقضى بالنكول؛ بل يحبسُ، ليحلفَ، أو يُقرّ، وإنّما حَكَمنا فيما قبلها من الصُّورَ بالمال؛ لأنه سبقَ أصلٌ يقتضي الوجوب، ولم يظهر دافعٌ .

ولو ادّعى قيّم المحجور عليه، ونكّل المدّعى عليه، حلفَ المحجور عليه؛ أنه يلزمه تسليمُ هذا المال، ولكن لا يقول: إلَيّ، وقيّمه يقول في الدعوى: يلزمك تسليمه إلَيّ .

الخامسة: للقاذف أن يحلفَ المقذوف أنه لم يزّن كما سبق، فإنّ نكّل، فالصحيح الذي قطع به الجمهور؛ أنه يرّد اليمين على القاذف، فإنّ حلفَ، اندفع عنه حدّ القذف، وقيل: يسقط بنكوله حدّ القذف ولا يرّد اليمين، حكاه الهرويّ .



البابُ الخامسُ في البيّنة

أَمَّا صِفَةُ الشُّهُودِ، فَسَبَقَ بَيَانُهَا فِي الشَّهَادَاتِ، وَالْمَقْصُودُ هُنَا بَيَانُ حُكْمِ تَعَارُضِ
الْبَيِّنَتَيْنِ، وَتَعَارُضُهُمَا قَدْ يَقَعُ فِي الْأَمْلَاقِ، وَقَدْ يَقَعُ فِي غَيْرِهَا، كَالْعُقُودِ، وَالْمَوْتِ،
وَالْوَصِيَّةِ، وَيَشْتَمِلُ الْبَابُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَطْرَافٍ .

الأول: في الأملاك :

فَإِذَا تَعَارَضَتَا فِيهِ، فَإِمَّا أَنْ يَفْقَدَ أَسْبَابَ الرُّجْحَانِ، وَإِمَّا لَا .

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: أَنْ يَفْقَدَ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى فِي يَدِ [١٢٩٦ / أ] ثَالِثٍ، وَإِمَّا
فِي أَيْدِيهِمَا، وَلَا يَدْخُلُ فِي هَذَا الْقِسْمِ مَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ
أَسْبَابِ الرُّجْحَانِ .

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَلَا يَخْفَى أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ
يَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمِينًا إِنْ ادَّعَاهَا لِنَفْسِهِ، وَلَا بَيِّنَةً لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَأَنَّهُ لَوْ
اخْتَصَّ أَحَدُهُمَا بِبَيِّنَةٍ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ، قُضِيَ لَهُ .

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، تَعَارَضَتَا، وَفِيهِمَا قَوْلَانِ .

أَظْهَرُهُمَا: يَسْقُطَانِ، فَكَأَنَّهُ لَا بَيِّنَةً، فَيَصَارُ إِلَى التَّحْلِيفِ .

وَالثَّانِي: يَسْتَعْمَلَانِ، فَيَنْتَزِعُ الْعَيْنَ مِمَّنْ هِيَ فِي يَدِهِ .

ثُمَّ فِي كَيْفِيَّةِ الاسْتِعْمَالِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ .

أَحَدُهَا: تَقْسِمُ الْعَيْنَ الْمَدَّعَا بَيْنَهُمَا^(١) .

(١) أي تجعل بينهما نصفين (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٣١) .

والثاني: توقّف إلى تبين الأمر، أو يصطلحاً.

والثالث: يقرع، فيأخذها مَنْ خرجت قُرعته، وهل يحتاجُ معها إلى يمين؟ قولان.

أحدهما: لا، والقُرعة مرّجة لبيّنته.

والثاني: نَعَمْ، والقُرعة تجعل أحدهما أحقّ باليمين، فعلى هذا: يحلف مَنْ خرجت قرعته أنّ شهوده شهدوا بالحقّ، ثم يُقضى له. ثم قيل: القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البيّتان صريحاً، فإنّ تكاذبنا، سَقَطْنَا قطعاً، والأشهرُ طَرُدُهُما في الحالين، وصريحُ التكاذب؛ أنّ لا يمكن الجمع بتأويل؛ بأن شهدت إحداهما بقتله في وقت، والأخرى بجناية في ذلك الوقت، فإن أمكن الجمع بتأويل، فليس تكاذباً؛ بأن شهدت هذه أنه ملك زيد، وهذه أنه ملك عمرو؛ فإنه يحتملُ أنّ كلّ واحدة علمت سبباً، كشراء، ووصيّة، واستصحب حكمه، أو شهدت هذه بأنه أوصى به لزيد، وهذه أنه أوصى به لعمرو، فإنه يحتملُ الإيصاء مرتين، وقيل: القولان إذا لم يمكن الجمع، فإنّ أمكن، قَسَم قطعاً، وقيل: إنّ لم يمكن سقطنا [قطعاً]، وإلّا استعملنا قطعاً، كما في الوصيّة.

وقيل: يبقى قولُ التوقيف.

وقيل: لا تجتمعُ الأقوال الثلاثة؛ بل موضعُ القسمة إذا أمكن الجمع، والقُرعة إذا لم يمكن، والمذهب ما سبق.

فلو تنازعا في زوجيّة امرأة، وأقام^(١) كلّ واحدٍ بيّنة، وتعارضتا، فقولُ السقوط بحاله، ولا مجالٌ للقسمة، ولا للقُرعة على الأصحّ، ويحييُ الوقفُ على الصحيح لو أقرَّ صاحبُ اليد لأحدهما بعدما أقاما البيّنتين، إنّ قلنا بالسقوط، قُبِلَ إقرارُهُ، وحكم به، وإن قلنا بالاستعمال، فوجهان.

أحدهما: يصيرُ المقرُّ له كصاحب يدٍ، فترجّح بيّنته.

والثاني: لا؛ لأن يده بعد البيّنة مستحقة الإزالة، وإن أقرَّ قبل تمام البيّنتين قُبِلَ إقرارُهُ قطعاً، وصار المقرُّ له صاحب يدٍ.

(١) في المطبوع: «أقام» بدون «الواو».

الحالة الثانية: أَنْ تَكُونَ الْعَيْنُ فِي يَدِهِمَا، وَادَّعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ، فَإِنْ أَقَامَا^(١) بَيِّنَتَيْنِ، فَطَرِيقَانِ.

أحدهما، وبه قال الفُورَانِيُّ، والغزَالِيُّ: يَجِيءُ الْقَوْلَانِ فِي السَّقُوطِ وَالِاسْتِعْمَالِ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا، بَقِيَ الْمَالُ فِي أَيْدِيهِمَا كَمَا كَانَ، وَإِنْ اسْتَعْمَلْنَا، فَعَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ: يَجْعَلُ بَيْنَهُمَا، وَلَا يَجِيءُ الْوَقْفُ، وَفِي الْقِرْعَةِ: وَجِهَانِ.

والثاني، وبه قال ابْنُ الصَّبَّاحِ والبغويُّ: يَجْعَلُ الْمَالَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ كُلِّ وَاحِدٍ تَرْجَحَتْ فِي النِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ، وَالْحَاصِلُ لِلْفَتَوَى مِنَ الطَّرِيقَيْنِ بَقَاءُ الْمَالِ فِي يَدِهِمَا كَمَا كَانَ.

وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ كُلُّ وَاحِدٍ لَهُ بِالنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ، حُكِمَ الْقَاضِي لِكُلِّ مِّنْهُمَا بِمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ، وَيَكُونُ الْمَالُ فِي يَدِهِمَا أَيْضًا، كَمَا كَانَ، لَكِنْ لَا بِجَهَةِ^(٢) [١٢٩٦ / ب] السَّقُوطِ، وَلَا بِالْتَّرْجِيحِ بِالْيَدِ.

ثُمَّ قَالَ الْأَثَمَةُ: مَنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَوَّلًا، وَتَعَرَّضَ شَهْوَدُهُ لِلْكَلِّ^(٣)، لَمْ يَضُرَّ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ يَدٍ فِي النِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ، وَقُلْنَا: بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ لَا تَسْمَعُ ابْتِدَاءً، كَمَا سَيَأْتِي الْخِلَافُ فِيهِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى؛ لِأَنَّ^(٤) هُنَا غَيْرُ مُسْتَغْنٍ عَنِ الْبَيِّنَةِ لِلنِّصْفِ الَّذِي يَدَّعِيهِ.

ثُمَّ إِذَا أَقَامَ الثَّانِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الْكُلِّ، سُمِعَتْ، وَتَرْجَحَتْ بَيِّنَتُهُ فِي النِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ، فَيَحْتَاجُ الْأَوَّلُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ لِلنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ.

وَقَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: لَا يَبْعُدُ أَنْ يَتَسَاهَلَ فِي الْإِعَادَةِ، وَإِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ دُونَ الْآخَرِ، قُضِيَ لَهُ بِالْكَلِّ، سِوَا شَهِدِ شَهْوَدُهُ بِالْكَلِّ، أَمْ بِالنِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعٍ فِي نِصْفٍ، وَمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَقَامَا».

(٢) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «لِجَهَةِ».

(٣) فِي (ظ): «لِلْمَلِكِ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٢٢٤).

(٤) كَذَا فِي الْأَصُولِ وَالْمَطْبُوعِ، وَلَعَلَّ الْوَجْهَ: «لَأَنَّهُ»، انْظُرْ (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٢٢٤).

نصف، فيحلف كل واحد على نفي ما يدّعيه الآخر، ولا يتعرّض واحد منهما في يمينه، لإثبات ما في يده؛ بل يقتصر على أنه لا حقّ لصاحبه فيما في يده، نصّ عليه، وهو المذهب، وفيه^(١) خلافت، سبق في باب التحالف في البيع، فإن حلفا، أو نكلا، ترك المال في يدهما كما كان، وإن حلف أحدهما دون الآخر، قضى للحالف بالكل.

ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه، ونكل الآخر بعده، حلف الأول اليمين المردودة. وإن نكل الأول، ورغب الثاني في اليمين، فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادّعاه صاحبه، ويمين الإثبات للنصف الذي ادّعاه هو، فهل يكفيه الآن يمين واحدة^(٢) يجمع فيها النفي والإثبات، أم لا بُدّ من يمين للنفي، وأخرى للإثبات؟ وجهان.

أصحهما: الأول، فيحلف أنّ الجميع له، ولا حقّ لصاحبه فيه، أو يقول: لا حقّ له في النصف الذي يدّعيه، والنصف الآخر لي.

فزع: ادّعى نصف دار، وادّعى آخر كلّها، وأقام كل واحد بيّنة، والدار في يد ثالث، تعارضتا في النصف، فإن قلنا بالسقوط، سقطتا في النصف الذي فيه التعارض، وأما النصف الآخر، ففيه طريقان.

قال ابن سريج، وأبو إسحاق، وغيرهما: فيه قولان تبعض^(٣) الشهادة، فإن بَعْضُهَا، سلّم ذلك النصف لمُدّعي الكلّ، وإلاّ بَطَلَتْ في ذلك النصف أيضاً، وصار كما لو لم تكن بيّنة.

والثاني، وبه قال الشيخ أبو حامد، وصحّحه الشيخ أبو علي: يسلم إليه النصف قطعاً.

وإن قلنا بالاستعمال، سلّم النصف لمُدّعي الكلّ، ويقسم النصف الآخر، إن قلنا بالقسمة، وإن قلنا بالقرعة، أو بالوقف، أقرع في النصف، أو وقف.

ولو تداعيا كذلك، والدار في يدهما، فالقول قول مدّعي النصف في النصف

(١) في المطبوع: « ومنه ».

(٢) في المطبوع: « واحد ».

(٣) في (ظ): « تبعض ».

الذي في يده، فإن أقام مدّعي الكلّ بيّنةً، فُضِيَ له بالكلّ، وإن أقام كلُّ واحدٍ [بيّنة] بما يدّعيه، بقيت الدارُ في يدهما كما كانت.

ولو ادّعى أحدهما الكلّ، والآخرُ الثلثَ؛ فإن كانت^(١) في يدِ ثالثٍ، فعلى قول السقوط: تسقطانِ في الثلث. وهل تبطلُ بيّنةُ الكلّ في الثلثين؟ فيه الطريقتانِ السابقتانِ.

وعلى الاستعمالِ: تجري الأقوالُ الثلاثةُ.

وإن كانت في يدهما، وأقام كلُّ واحدٍ بيّنةً بما يدّعي، فلمدّعي الثلثِ، الثلثُ، والباقي لمدّعي الكلّ.

فَرَعٌ^(٢): دارٌ في يد [١ / ١٢٩٧] رجلٍ، ادّعى زيدٌ نصفها، فصدّقه، وعمّرو نصفها، فكذّبه صاحبُ اليدِ وزيدٌ معاً، ولم يدّعه واحدٌ^(٣) منهما لنفسه، فالنصفُ الذي يدّعيه المكذب، هل يسلمُ إليه، أم يوقفُ في يدِ صاحبِ اليدِ، أم ينتزعه، ويحفظُ إلى ظهورِ مالِكِهِ؟ فيه ثلاثةُ أوجه، حكاها الفورانيُّ.

قلتُ: أقواها الثالثُ. والله أعلمُ.

فَرَعٌ: ادّعى رجلٌ داراً، وآخرُ ثلثيها، وآخرُ نصفها، ورابعٌ ثلثها، وهي في يدِ خامسٍ، وأقام كلُّ واحدٍ من الأربعة بيّنةً بدعواه، فلا تعارضُ في الثلث الذي يختصُّ بمدّعي الكلّ بدعواه، وفي الباقي يقعُ التعارضُ، فالسدُسُ الزائد على النصف يتعارضُ فيه بيّنةُ مدّعي الكلّ، ومدّعي الثلثين، وفي السدُسُ الزائد على الثلث يتعارضُ بينهما، وبين مدّعي النصف. وفي الثلث الباقي تتعارضُ بيّناتُ الأربعة.

فإن قلنا بالسقوط، سقطتِ البيّناتُ في الثلثين، وأمّا الثلثُ، ففيه الطريقتانِ في تبعيرِ الشهادة، والمذهبُ أنه يسلمُ لمدّعي الكلّ.

وإن قلنا بالاستعمالِ؛ فإن قسمنا، فالسدُسُ الزائد على النصف بين مدّعي الكلّ، ومدّعي الثلثين بالسوية، والسدُسُ الزائد على الثلث لهما، ولمدّعي النصفِ.

(١) في (ظ) والمطبوع: «كان».

(٢) كلمة: «فرع» ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: «أحد».

أثلاثاً، والثالث الباقي للأربعة أرباعاً، فتجعل ستة وثلاثين سهماً؛ لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين، وعلى ثلاثة، فنضرب اثنين في ستة، ثم في ثلاثة، فلمدعي الكل ثلثها، وهو اثنا عشر، ونصف السدس الزائد على النصف وهو^(١) ثلاثة، وثلث السدس الزائد على الثلث، وهو اثنان، ورُبُّ الثلث الباقي، وهو ثلاثة، فالجملة عشرون، وهي خمسة أضعاف الدار.

ولمدعي الثلثين ثلاثة من السدس الزائد على النصف^(٢)، وسهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي، فالجملة ثمانية، هي تسع الدار. ولمدعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث، وثلاثة من الثلث الباقي.

ولمدعي الثلث ثلاثة من الثلث الباقي.

وإن قلنا بالقرعة، أقرع ثلاث مرات، مرة في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل [ومدعي الثلثين] .

وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما، وبين مدعي النصف^(٣).

وأخرى^(٤) في الثلث بين الأربعة.

وإن قلنا بالوقف توقفنا.

وإن كانت الدار في يد المتداعيين الأربعة، وأقام كل واحد بيعة، جعلت بينهم أرباعاً؛ لأن بيعة كل واحد ترجح في الربع الذي في يده باليد^(٥).

وإن لم يكن بيعة، فالقول قول كل واحد في الربع الذي في يده، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً.

(١) في المطبوع: « هو » بدون « الواو » .

(٢) في المطبوع زيادة: « وسهمان من السدس الزائد على النصف »، وهي ليست في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٨) .

(٣) في المطبوع: « الكل » بدل: « النصف »، وفيه زيادة: « ومدعي الثلثين، وأجرى (هكذا) في السدس الزائد على الثلث بينهما وبين مدعي النصف » .

(٤) في المطبوع: « وأجرى »، تصحيف.

(٥) في المطبوع: « اليد »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٨) .

فَرَعٌ: دَارٌ فِي يَدِ ثَلَاثَةٍ، ادَّعَى أَحَدُهُمْ نَصْفَهَا، وَآخَرُ ثَلَاثَهَا، وَثَالِثُ سُدُسَهَا، وَلَا بَيِّنَةٌ، جُعِلَتْ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا، نَصَّ عَلَيْهِ فِي «المختصر»، واعترض عليه؛ بأن مدَّعي السُدُس لا يدَّعي غيره، فكيف يُعطى الثلث؟! فأجاب الأصحاب؛ بأن صورة النَصِّ فيما إذا ادَّعى كُلُّ واحدٍ منهم استحقاق اليد في جميعها إِلَّا أَنَّ الأول يقول: النصفُ ملكي، والنصفُ الآخرُ لفلانٍ الغائب، وهو في يدي عارية، أو وديعة، والآخِرَانِ يقولانِ نحوَ ذلك، فكلُّ واحدٍ منهم صاحبُ اليدِ في الثلث، وتبقى الدارُ [ب / ١٢٩٧] في أيديهم كما كانت، ثم يُجعل^(١) نصف^(٢) الثلث الذي في يد مدَّعي السُدُس لذلك الغائب بحكم الإقرار.

فأما إذا اقتصر كُلُّ واحدٍ منهم على أَنَّ لِي منها كذا، فلا يُعطى لمدَّعي السُدُس إِلَّا السُدُس، ولا يتحقَّق بينهم والحالة هذه نزاع.

ولو أقام كُلُّ واحدٍ منهم بَيِّنَةً على ما يدَّعيه لنفسه، حكمَ لمدَّعي^(٣) الثلث بالثلث؛ لأن له فيه بَيِّنَةٌ ویدأ، ولمدَّعي السُدُس بالسُدُس لمثل ذلك، وفيما يحكمُ به لمدَّعي النصف وجهان.

أحدهما: بالنصف؛ لأن له في الثلث يَدًا وبَيِّنَةً، وفي السُدُس الباقي بَيِّنَةٌ، والآخِرَانِ لا يدَّعيانه.

والثاني: بالثلث ونصف السُدُس، والأول: أصحُّ، وبه أجاب ابنُ كَجٍّ، والقفال.

ثم مدَّعي الثلث، ومدَّعي السُدُس لا يحتاجان إلى إقامة البيّنة في الابتداء، ولكن مدَّعي النصف يحتاجُ إلى إقامتها للسُدُس الزائد على ما في يده، ويتصوَّرُ إقامة البيّنة من جهتهم فيما إذا أقام مدَّعي النصف، ثم أقام الآخِرَانِ على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول، ويجوزُ أَنْ يفرضَ من مدَّعي السُدُس إقامة البيّنة على أَنَّ السُدُسَ للغائب مع إقامة البيّنة على أَنَّ السُدُسَ له؛ بناءً على أَنَّ المدَّعى عليه إذا أقرَّ بما في يده للغائب يجوزُ له إقامة البيّنة على أَنه للغائب، وقد سبق بيّانه.

(١) في (ظ)، والمطبوع: «ثم جعل».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٢٩): «بعض» بدل «نصف».

(٣) في المطبوع: «المدَّعي».

فَرَعٌ: دَارٌ فِي يَدِ ثَلَاثَةٍ، ادَّعَى أَحَدُهُمْ كُلَّهَا، وَآخَرُ نَصْفَهَا، وَالثَّالِثُ ثَلَاثُهَا، وَأَقَامَ كُلُّ^(١) وَاحِدٍ مِنَ الْأَوَّلِينَ بَيِّنَةً بِمَا ادَّعَاهُ دُونَ الثَّالِثِ، فَلَمَدَّعِيَ الْكُلَّ الثَّلَاثُ بِالْبَيِّنَةِ وَبِالْيَدِ، وَلَمَدَّعِيَ النِّصْفَ كَذَلِكَ، ثُمَّ لَمَدَّعِيَ الْكُلَّ أَيْضاً نَصْفُ مَا فِي يَدِ الثَّالِثِ بِبَيِّنَتِهِ السَّلِيمَةِ عَنِ الْمَعَارِضِ، وَفِي النِّصْفِ الْآخَرَ تَتَعَارَضُ بَيِّنَتُهُ وَبَيِّنَةُ مَدَّعِيَ النِّصْفِ؛ فَإِنْ قَلْنَا بِالسَّقُوطِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الثَّالِثِ فِي هَذَا السُّدُسِ، وَفِي بَطْلَانِ الْبَيِّنَتَيْنِ فِيمَا سِوَى هَذَا السُّدُسِ الطَّرِيقَانِ السَّابِقَانِ فِي تَبْعِيضِ الشَّهَادَةِ.

وإن قلنا بالاستعمال، لم يَخَفَ الإِقْرَاعُ وَالتَّوَقُّفُ.

وإن قلنا بالقسم، قَسَمَ بَيْنَهُمَا هَذَا السُّدُسُ بِالسُّوِيَّةِ، فَيَصِيرُ لَمَدَّعِيَ الْكُلِّ نِصْفُ^(٢) وَنِصْفُ سُدُسٍ، وَلَمَدَّعِيَ النِّصْفِ الْبَاقِي، هَكَذَا أورد المسألة الشيخ أبو علي، وغيره.

القِسْمُ الثَّانِي: أَنْ تَتَعَارَضَ الْبَيِّنَتَانِ، وَهَنَّاك مَا يُرْجَحُ أَحَدَهُمَا، فَيَعْمَلُ بِالرَّاجِحَةِ. وَلِلرُّجْحَانِ أَسْبَابٌ.

أحدها: أَنْ تَخْتَصَّ إِحْدَاهُمَا بِزِيَادَةِ قُوَّةٍ، وَفِيهِ صُورٌ: إِحْدَاهَا: لَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا شَاهِدَيْنِ، وَالْآخَرُ شَاهِداً، وَحَلَفَ مَعَهُ، فَقَوْلَانِ.

أحدهما: يَتَعَادَلَانِ.

وَأَظْهَرُهُمَا: يُرْجَحُ الشَّاهِدَانِ؛ لِأَنَّهَا حُجَّةٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَأَبْعَدُ عَنْ تَهْمَتِهِ بِالْكَذِبِ فِي يَمِينِهِ، فَعَلَى هَذَا: لَوْ كَانَ مَعَ صَاحِبِ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ يَدٌ، فَهَلْ يُرْجَحُ صَاحِبُ الْيَدِ، أَمْ صَاحِبُ الشَّاهِدَيْنِ، أَمْ يَتَعَادَلَانِ؟ أَوْجُهُ.

أَصْحُهَا: الْأَوَّلُ، وَحَكَى الْبُغَوِيُّ الْأَوَّلِينَ قَوْلَيْنِ.

الثَّانِيَةُ: لَوْ زَادَ عَدَدُ الشُّهُودِ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، أَوْ زَادَ وَرَعُهُمْ، فَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَا تَرْجِيحَ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ، وَفِي الرِّوَايَةِ يَثْبُتُ التَّرْجِيحُ بِذَلِكَ، وَقِيلَ: هِيَ كَالشَّهَادَةِ، وَالْمَذْهَبُ: الْفَرْقُ؛ لِأَنَّ لِلشَّهَادَةِ نِصَاباً فَيَتَّبَعُ، وَلَا ضَبْطَ لِلرِّوَايَةِ، فَيَعْمَلُ بِأَرْجَحِ الظَّنَّيْنِ.

(١) كلمة: « كل » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « النصف ».

الثالثة: أقام أحدهما رجلاً وامرأتين، والآخَر رجَليْن، فلا يرجُحُ الرجلان^(١) على المذهب، وقيل قولان.

السبب الثاني: اليدُ، فإذا ادَّعى عِيناً [١٢٩٨ / ١] في يدٍ غيره، وأقام بَيِّنَةً أنها مِلْكُهُ، وأقام مَنْ هي في يده بَيِّنَةً أنها مِلْكُهُ، رُجِّحَتْ بَيِّنَةُ مَنْ هي في يده على بَيِّنَةِ الخارج^(٢)، وهل يشترطُ في سَماعِ بَيِّنَةِ الداخل^(٣) أن يبينَ سببَ الملك من شراء، أو إرث، وغيرهما؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ، لأنهما رِيَّما اعتماداً ظاهر اليد.

وأصحُّهما: لا، كَبَيِّنَةِ الخارج، فإنها تُسَمَّعُ مُطْلَقَةً مع احتمالِ أنهم اعتمدوا يداً سابقةً، ولا فَرْقَ في ترجيحِ بَيِّنَةِ الداخل بين أن يبينَ الداخل والخارج سببَ المِلْكِ، أو يُطلقا، ولا بينَ إسنَادِ البَيِّنَتَيْنِ، وإِطلاقِهما، إذا سَمِعْنَا بَيِّنَةَ الداخل مُطْلَقَةً.

ولو تَعَرَّضْنَا للسبب، فلا فرقَ بين أن يتفقَ السببان، أو يختلفا، ولا بين أن يسندَ المِلْكُ إلى شخص؛ بأن يقولَ كُلُّ واحدٍ: اشتريتهُ مِنْ زيد، أو يسندَ إلى شخصين.

وفيما إذا أسندَ إلى شخصٍ وجه^(٤): أنهما يتساويان؛ لأنهما اتفقا على أن اليدَ كانت لثالثٍ، وكُلُّ واحدٍ يدَّعي الانتقالَ منه.

فَرْعٌ: متى تُسَمَّعُ بَيِّنَةُ الداخل؟ لها أربعة أحوالٍ.

أحدها: أن يُقيمها قبل أن يدَّعى عليه شيء، فالصحيحُ أنها لا تسمعُ؛ لأن البَيِّنَةَ إنما تقام على خصم، وقيل: تسمعُ لغرض التسجيل.

الثاني: يُقيمها بعد الدعوى عليه، وقبل أن يقيمَ المدَّعي بَيِّنَةً، فالأصحُّ أنها لا تسمعُ أيضاً؛ لأنَّ الأصلَ في جانبه اليمينُ، فلا يعدلُ عنها ما دامت كافيةً.

(١) في (ظ): « فلا ترجيح للرجلان ».

(٢) الخارج في اصطلاح الفقهاء: مَنْ لا يد له، يسمَّى الخارج بالإضافة إلى الداخل. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٩١).

(٣) الداخل في اصطلاح الفقهاء: هو صاحبُ اليد. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٩١)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٤٣٣).

(٤) في المطبوع: « واحد » بدل: « وجه ».

وقال ابنُ سُرَيْجٍ: تَسْمَعُ [بَيِّنَتُهُ] لدفع اليمين، كالمودعِ تَسْمَعُ بَيِّنَتُهُ عَلَى الرَّدِّ والتلفِ، وَإِنْ كَفَّتَهُ اليمينُ.

الثالث: يُقِيمُهَا بَعْدَ أَنْ أَقَامَ الْخَارِجَ الْبَيِّنَةَ، لَكِنْ قَبْلَ أَنْ يَعْدِلَهَا، فَوْجَهَا.
أَحَدُهُمَا: لَا تَسْمَعُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْنٍ عَنْهَا بَعْدُ.

وَأَصْحُهُمَا: تَسْمَعُ، وَيَحْكُمُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ يَدَّ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ مَعْرُضَةً لِلزَّوَالِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى تَأْكِيدِهَا.

الرابع: يُقِيمُهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمَدَّعِي وَتَعْدِيلِهَا، فَقَدْ أَقَامَهَا فِي أَوَانِ إِقَامَتِهَا، فَإِنْ لَمْ يُقِيمْهَا حَتَّى قَضَى الْقَاضِي لِلْمَدَّعِي، وَسَلَّمِ الْمَالَ إِلَيْهِ، نُظِرَ: إِنْ لَمْ يَسْنِدِ الْمَلِكُ إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ الْيَدِ، فَهُوَ الْآنَ مُدَّعٍ خَارِجٍ، وَإِنْ أَسْنَدَهُ، وَاعْتَذَرَ بِغِيَةِ الشُّهُودِ وَنَحْوِهَا، فَهَلْ تَسْمَعُ بَيِّنَتَهُ، وَهَلْ تَقْدَمُ بِالْيَدِ الْمَزَالَةِ بِالْقَضَاءِ؟ وَجَهَا.

أَصْحُهُمَا: نَعَمْ، وَيَنْقُضُ الْقَضَاءُ الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّهُا إِنَّمَا أُزِيلَتْ؛ لِعَدَمِ الْحُجَّةِ، وَقَدْ ظَهَرَتْ الْحُجَّةُ، فَلَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ بَعْدَ الْحُكْمِ لِلْمَدَّعِي، وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، سُمِعَتْ بَيِّنَتُهُ، وَقَدِّمَتْ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِبَقَاءِ الْيَدِ حَسًّا.

فَرْعٌ: هَلْ يَشْتَرُطُ أَنْ يَحْلِفَ الدَّخِلُ مَعَ بَيِّنَتِهِ، لِيُقْضَى لَهُ؟ وَجَهَا، أَوْ قَوْلَانِ.

أَصْحُهُمَا: لَا، كَمَا لَا يَحْلِفُ الْخَارِجُ مَعَ بَيِّنَتِهِ، وَبَنَوُا الْخِلَافَ عَلَى خِلَافٍ فِي أَنَّ الْقَضَاءَ لِلدَّخِلِ بِالْيَدِ، أَمْ بِالْبَيِّنَةِ الْمَرْجُوحَةِ بِالْيَدِ؟ إِنْ قُلْنَا بِالْيَدِ، حَلْفٌ، وَإِلَّا، فَلَا.

فَرْعٌ: إِذَا أَطْلَقَ الْخَارِجُ دَعْوَى الْمَلِكِ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً، وَقَالَ الدَّخِلُ: هُوَ (١) مِلْكِي اشْتَرَيْتُهُ مِنْكَ، وَأَقَامَ بِهِ بَيِّنَةً، فَالدَّخِلُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ مَعَ بَيِّنَتِهِ زِيَادَةُ عِلْمٍ، وَهُوَ الْإِنْتِقَالُ، وَلِأَنَّهُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ مُقَدَّمٌ، فَهِيَ أَوْلَى.

وَلَوْ قَالَ الْخَارِجُ: هُوَ مِلْكِي وَرَثَتُهُ مِنْ أَبِي، وَقَالَ الدَّخِلُ: مِلْكِي، اشْتَرَيْتُهُ مِنْ أَبِيكَ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ.

وَلَوْ انْعَكَسَتِ الصُّورَةُ، فَقَالَ الْخَارِجُ: هُوَ مِلْكِي، اشْتَرَيْتُهُ مِنْكَ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً، وَأَقَامَ الدَّخِلُ بَيِّنَةً أَنَّهُ مِلْكُهُ، فَالْخَارِجُ أَوْلَى؛ لِزِيَادَةِ عِلْمِ بَيِّنَتِهِ.

ولو قال كُلُّ واحدٍ لصاحبه: اشتريته منك، وأقام به بيّنة، وخفي التاريخ،
فالدّاخل أولى. ثم في الصورة [١٢٩٨ / ب] الأولى، وهي أنّ يطلق الخارج، ويقول
الداخل: اشتريته منك، لا تُزال يد الدّاخل قبل إقامة البيّنة.

وقال القاضي حُسين: تُزال، ويؤمّر بالتسليم إلى المدّعي؛ لاعترافه بأنه كان
له، ثم يثبت ما يدّعيه من الشراء، والصحيح: الأول؛ لأن البيّنة إذا كانت حاضرة،
فالتأخير إلى إقامتها سهل، فلا معنى للانتزاع والردّ، فلو زعم أنّ بيّنته غائبة، لم
يتوقّف؛ بل يؤمّر في الحال بالتسليم، ثم إن أثبت ما يدّعيه، استردّ.

ويجري الخلاف فيما لو ادّعى ديناً، فقال المدّعى عليه: أبرأني، وأراد إقامة
البيّنة، لا يكلف توفية الدّين على قول الأكثرين، وعلى قول القاضي: يكلف، ثم إن
أثبت ما يقول، استردّ.

فصل: من أقرّ بعينٍ لرجل، ثم ادّعاها، لا تسمع دعواه، إلّا أنّ يذكر^(١) تلقّي
المِلْك منه، ولو أخذت منه بيّنة، ثم ادّعاها، هل يحتاج إلى ذكر التلقّي؟ وجهان.
أحدهما: نعم؛ لأنه صار مؤاخذاً بالبيّنة، كما لو أقرّ.

وأصحهما: لا، كالأجنبي، ولا خلاف أنه لو ادّعى عليه أجنبي وأطلق،
سُمت.

فُرُوعٌ أكثرها عن ابنِ سُرَيْج، **رحمته الله**: أقام الخارج بيّنة أنّ هذه العين ملكي،
غصبها مني الدّاخل، أو قال: أجرتها لي، أو أودعتها^(٢) عنده، وأقام الدّاخل بينة أنها
ملكه، فهل يقدّم الخارج، أم الدّاخل؟ وجهان.

الأصح: الخارج، وبه قال ابنُ سُرَيْج، وصحّحه العراقيون، وبه أجاب
الهرَوِيُّ، وخالفهم البغويُّ، فصحّح تقديم الدّاخل.

فلو لم تكن بيّنة، ونكّل الدّاخل عن اليمين، فحلف الخارج، وحكم له، ثم
جاء الدّاخل ببيّنة، سُمت على الصحيح، كما لو أقامها بعد بيّنة الخارج، وقيل:
لا تسمع؛ بناءً على أنّ اليمين المردودة كالإقرار.

(١) في المطبوع: «تذكر».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «أودعها».

ولو تنازعا شاةً مذبوحَةً في يَدِ أَحَدِهِمَا رَأْسُهَا وَجِلْدُهَا وَسَوَاقِطُهَا، وَفِي يَدِ الْآخَرِ بَاقِيهَا، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً أَنَّ الشاةَ لَهُ، قُضِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بِمَا فِي يَدِهِ .

ولو كان في يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ شاةٌ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّ الشَاتَيْنِ لَهُ، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ، تَعَارَضَتَا، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ الَّتِي فِي يَدِهِ ؛ لِاعْتِضَادِ بَيِّنَتِهِ بِالْيَدِ .

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً أَنَّ الَّتِي فِي يَدِ الْآخَرِ مِلْكُهُ، قُضِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بِمَا فِي يَدِ الْآخَرِ .

السَّبَبُ الثَّالِثُ: اشْتِمَالُ أَحَدِهِمَا عَلَى زِيَادَةِ تَارِيخٍ، فَإِذَا أُرْخِئَا، نُظِرَ:

إِنْ اتَّفَقَ تَارِيخُهُمَا، فَلَا تَرْجِيحَ، وَإِنْ اخْتَلَفَ؛ بَأَن شَهِدَتْ بَيِّنَةُ زَيْدٍ أَنَّهُ مِلْكُهُ مِنْذُ سَنَةٍ، وَبَيِّنَةُ عَمْرٍو أَنَّهُ مِلْكُهُ مِنْذُ سَنَتَيْنِ، فَهَلْ تَتَعَارَضَانِ، أَمْ يَقْدَمُ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخًا؟ طَرِيقَانِ .

المذهب: التقديم.

وَيُطْرَدُ الْخِلَافُ فِي بَيِّنَتِي شَخْصَيْنِ تَنَازَعَا نِكَاحَ امْرَأَةٍ إِذَا اخْتَلَفَ تَارِيخُهُمَا، وَفِيمَا إِذَا تَعَرَّضَتَا^(١) مَعَ اخْتِلَافِ التَّارِيخِ لِسَبَبِ الْمَلِكِ؛ بَأَن أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ زَيْدٍ مِنْذُ سَنَةٍ، وَالْآخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ عَمْرٍو مِنْذُ سَنَتَيْنِ، فَلَوْ نَسَبَا الْعَقْدَيْنِ إِلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ، فَأَقَامَ هَذَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ زَيْدٍ مِنْذُ سَنَةٍ، وَذَلِكَ بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ زَيْدٍ مِنْذُ سَنَتَيْنِ، فَالسَّابِقُ أَوَّلِي بَلَا خِلَافٍ .

وَطُرِدُوا الْخِلَافَ أَيْضًا فِيمَا إِذَا تَنَازَعَا أَرْضًا مَزْرُوعَةً، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا أَرْضُهُ زَرْعُهَا، وَالْآخَرُ أَنَّهَا مِلْكُهُ مُطْلَقًا؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ الزَّرْعِ ثَبَتُ الْمَلِكِ مِنْ وَقْتِ الزَّرَاعَةِ . هَكَذَا ذَكَرَهُ الْبُغَوِيُّ^(٢)، وَفِيهِ تَصْرِيحٌ [١٢٩٩ / أ] بِأَن سَبَقَ التَّارِيخُ لَا يَشْتَرِطُ أَنَّ يَكُونَ بِزَمَانٍ مَعْلُومٍ حَتَّى لَوْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ مِلْكُهُ مِنْذُ سَنَةٍ، وَبَيِّنَةٌ الْآخَرُ أَنَّهُ مِلْكُهُ مِنْ أَكْثَرِ مِنْ سَنَةٍ كَانَ فِيهِ الْخِلَافُ؛ فَإِنْ رَجَّحْنَا بِسَبْقِ التَّارِيخِ، حَكَمْنَا بِهَا لِصَاحِبِ السَّبْقِ، وَلَهُ الْأَجْرَةُ وَالزِّيَادَاتُ الْحَادِثَةُ مِنْ يَوْمِئِذٍ، وَإِنْ لَمْ نَرْجِّحْ بِهِ، فَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فِي أَصْلِ التَّعَارُضِ .

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « تَعَارَضَتَا »، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٢٤١) .

(٢) انْظُرْ: (التَّهْذِيبُ: ٨ / ٣٢٥) .

وإن [كانت]^(١) إحداهما^(٢) مؤرّخة، والأخرى مُطلّقة، فالمذهبُ أنهما سواء فتتعارضان.

وقيل: تقدّم المؤرّخة.

ولو تنازعا دابّةً، فأقام أحدهما بيّنة أنها ملكه، والآخر بيّنة أنها وإنه، وهو الذي نتجها^(٣)، قال الأكثرون: هو على الخلاف في سبق التاريخ، وطردوه في كل بيّنتين أطلّقت إحداهما الملك، ونصّت الأخرى على سببه من إرث، وشراء، وغيره، وقيل: تقدم بيّنة النتاج قطعاً؛ لأنها تثبت ابتداء الملك له، والتي سبق تاريخها لا تثبت ابتداءً ملكه.

وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقتين فيما لو تنازعا ثمرة أو حنطة^(٤)، فشهدت إحداهما؛ بأنها حدثت من شجرته، أو بذره^(٥)، ولا يقتضي جريان القطع فيما لو تعرّضت إحداهما للشراء، وسائر الأسباب؛ لأنها لا توجب ابتداءً ملكه.

ثم المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث، فلو كان في يد أحدهما، وقامت بيّتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بيّنة الداخل^(٦) أسبق تاريخاً، قدّمت قطعاً، وإن كانت بيّنة الخارج أسبق، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً، قدّم الداخل، وإن جعلناه مرجحاً، فهل يقدّم الداخل، أم الخارج، أم يتساويان؟ أوجه.

أصحّها: الأول.

فصل: ادّعى داراً، أو عبداً، أو نحوه في يد رجل، فشهدت له بيّنة بالملك في الشهر الماضي، أو بالأمس، ولم يتعرّض للحال، نقل المزني، والربيع^(٧): أنها

(١) كلمة: « كانت » ليست في (ظ).

(٢) في المطبوع: « إحداها ».

(٣) ولّد الرجلُ إبلاً توليداً، كما يقال: نتجها نتجاً (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٦٩٢).

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « وحنطة ».

(٥) في المطبوع: « أو بذرته ».

(٦) الداخل والخارج: سلف تفسيرهما ص: (٥٢١).

(٧) الربيع: هو الربيع بن سليمان المرادي. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٧): « واعلم أنّ الربيع حيث أطلق في كتب المذهب، المراد به: المرادي، وإذا أرادوا الجيزي: قيّدوه بالجيزي ».

لا تُسمع، ولا يحكمُ بها، ونقل البُويطي أنها تُسمع، ويحكمُ بها، وقال الجمهورُ: هما قولان.

أظهرهما: المنع.

والطريق الثاني: القطع بالمنع.

ويجري الخلافُ فيما لو ادَّعى اليدَ، وشهدوا أنه كان في يده أمس، فإذا قلنا بالمنع، فينبغي للشاهد أن يشهدَ على المِلِك في الحال، أو ^(١) يقول: كان ملكه ولم يزل، أو: لا أعلم له مُزيلاً. ولا يجوزُ أن يشهدَ بالملك في الحال استصحاباً لحكم ما عَرَفَهُ مِنْ قَبْلُ، كسواء، وإرث، وغيرهما، وإن احتملَ زواله، فلو صرَّحَ في شهادته أنه يعتمد الاستصحاب، فوجهان.

قال الغزاليُّ: قال الأصحابُ: لا يقبلُ، كما لا تقبلُ شهادة الرِّضاع على امتصاص الثدي، وحركة الحلقوم.

وقال القاضي حُسين: تقبلُ؛ لأننا نعلم أنه لا مستند له سواه.

ولو قال: لا أدري أزال ملكه، أم لا؟ لم يقبل قطعاً؛ لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة.

ولو شهدت بيّنة بأنه أقرَّ أمس للمدَّعي بالملك، قُبِلَت الشهادة، واستديم حكم الإقرار، وإن لم يصرَّح الشاهد بالملك في الحال.

وقيل بطرد القولين، والمذهب: الأول؛ لثلاً تبطل فائدة الأقارير.

ولو قال المدَّعى عليه: كان ملكك أمس، فوجهان.

أحدُهما: لا يؤخذُ به، كما لو قامت بيّنة بأنه كان ملكه أمس.

وأصحُّهما، وبه قطع ابنُ الصَّبَّاح: يؤخذُ، فيتزعُّ منه، كما لو شهدت البيّنة أنه أقرَّ أمس. [١٢٩٩ / ب] والفرقُ أن الإقرارَ لا يكون إلاَّ عن تحقيق، والشاهد قد يتساهل ويخمن، فلو أسند الشهادة إلى تحقيق؛ بأن قال الشاهد: هو ملكه بالأمس، اشتراه من المدَّعى عليه بالأمس، أو أقرَّ له به المدَّعى عليه بالأمس، قُبِلَت الشهادة.

(١) في (ظ): «أن».

ولو قال: كَانَ فِي يَدِكَ أَمْسٍ، فَهَلْ يُوَاخِذُ بِإِقْرَارِهِ؟ وَجِهَانِ، حَكَاهُمَا ابْنُ الصَّبَّاحِ.

قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْعُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَإِذَا عَرَفْتَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ الشَّاهِدُ إِلَى التَّعَرُّضِ لَهُ عَلَى قَوْلِنَا: لَا تَسْمَعْ الشَّهَادَةَ عَلَى الْمَلِكِ السَّابِقِ، فَكَذَلِكَ إِذَا قُلْنَا: الشَّهَادَةُ عَلَى الْيَدِ السَّابِقَةِ لَا تُسْمَعُ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَعَرَّضَ الشَّاهِدُ لَزِيَادَةِ، فَيَقُولُ: كَانَ فِي يَدِ الْمُدَّعِي، وَأَخَذَهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْهُ، أَوْ غَضَبَهُ، أَوْ قَهَرَهُ عَلَيْهِ، أَوْ بَعَثَ الْعَبْدَ فِي شُغْلٍ، فَأَبْقَى مِنْهُ، فَاعْتَرَضَهُ هَذَا، وَأَخَذَهُ، فَحِينَئِذٍ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، وَيُقْضَى بِهَا لِلْمُدَّعِي، وَيَجْعَلُ صَاحِبُ يَدٍ.

فَرَعُ: ذَكَرْنَا ^(١) أَنَّ الشُّهُودَ لَوْ قَالُوا: وَلَا نَعْلَمُ زَوَالَ مِلْكِهِ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ، ثُمَّ نَقَلَ ابْنُ الْمُنْذِرِ أَنَّ الشَّافِعِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: يَحْلِفُ الْمُدَّعَى مَعَ الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ ذَكَرُوا مَعَ ذَلِكَ أَنَّهُ غَاصِبٌ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْيَمِينِ، قَالَ الْهَرَوِيُّ: هَذَا غَرِيبٌ.

فَرَعُ: دَارٌّ فِي يَدِ رَجُلٍ، ادَّعَاهَا آخَرَانِ، وَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا لَهُ، غَضَبَهَا مِنْهُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّ مَنْ فِي يَدِهِ أَقَرَّ بِهَا لَهُ، فَلَا مُنَافَاةَ بَيْنَهُمَا، فَثَبَتَ الْمَلِكُ وَالْغَضَبُ بِالْبَيِّنَةِ الْأُولَى، وَيُلْغَوِ إِقْرَارُ الْغَاصِبِ لغيرِ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ.

فَصْلٌ: بَيِّنَةُ الْمُدَّعَى لَا تَوْجِبُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ لَهُ، وَلَكِنَّهَا تَظْهَرُهُ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمَلِكُ سَابِقًا عَلَى إِقَامَتِهَا. لَكِنْ لَا يَشْتَرُطُ السَّبْقُ بِزَمَانٍ طَوِيلٍ، [بَل] ^(٢) يَكْفِي لَصَدَقِ الشُّهُودِ لِحُظَةِ لَطِيفَةٍ، وَلَا يَقْدَرُ مَا لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ، فَلَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِمِلْكِ دَابَّةٍ، أَوْ شَجَرَةٍ، لَمْ يَسْتَحَقَّ النَّتَاجَ وَالثَّمَرَ الْحَاصِلَيْنِ قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ عِنْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ تَبْقَى لِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَفِي الْحَمْلِ الْمَوْجُودِ عِنْدَ إِقَامَتِهَا وَجِهَانِ.

أَصْحُهُمَا: يَسْتَحَقُّهُ الْمُدَّعَى؛ تَبَعًا لِلْأَمِّ، كَمَا فِي الْعُقُودِ.

وَالثَّانِي: لَا؛ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ لغيرِ مَالِكِ الْأُمِّ بَوْصِيَّةً.

وَمُقْتَضَى هَذَا الْأَصْلِ أَنَّ مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا، فَأَدَّعَاهُ مُدَّعٍ، وَأَخَذَهُ مِنْهُ بِحِجَّةٍ مُطْلَقَةٍ، لَا يَرْجِعُ عَلَى بَائِعِهِ بِالْثَمَنِ؛ لِاحْتِمَالِ انْتِقَالِ الْمَلِكِ مِنَ الْمُشْتَرِي إِلَى

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «قَدْ ذَكَرْنَا».

(٢) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ مِنْ (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٢٤٦).

المدَّعي، وتكون المبايعةُ صحيحةً مصادفةً محلَّها، لكن الذي أُطبق عليه الأصحاب ثبوتُ الرجوع؛ بل لو باع المشتري أو وهب، وانتزعَ المال من المُتَّهَب، أو المشتري منه، كان للمشتري الأول الرجوعُ أيضاً، وسببه^(١) الحاجةُ إليه في عُهدة العُقود، ولأنَّ الأصلَ أنَّ لا معاملة بين المشتري والمدَّعي، ولا انتقالَ منه، فيستدام الملكُ المشهودُ به إلى ما قبلَ الشراء.

وعن القاضي حُسين وجه: أنه لا رجوعَ إذا كان دعوى المدَّعي ملكاً سابقاً؛ وفاءً بالأصل المذكور، وحُمِلَ ما أطلَقه الأصحاب عليه.

وحكى الهرويُّ وجهاً: أنَّ قيامَ البيِّنة يقتضي سبقَ الملكِ حتَّى يكونَ التَّناجُ للمدَّعي.

فَرَعٌ: [المشتري] ^(٢) من المشتري إذا استحقَّ المال في يده، وانتزعَ منه، ولم يظفرَ ببائعه، هل له أنَّ يطالبَ الأولَ بالثمن [١٣٠٠ / أ]؟ في « فتاوى القاضي حُسين »: الأصحُّ أنه لا يطالبه.

فَصْلٌ: ادَّعى ملكاً مطلقاً، فشهدَ الشهودُ بالملك، وذكرُوا سببه، لم يَضُرَّ، فلو أرادَ المدَّعي تقديمَ بيِّنته بذكرِ السبب؛ بناءً على أنَّ ذَكَرَ السببَ مُرَجِّحٌ، لم يكفِ للترجيحِ تعرُّضهم للسببِ أولاً؛ لو قُوعه قبلَ الدعوى والاستشهاد؛ بل يدَّعي الملكَ وسببه، ثمَّ يعيدون الشهادة، فحينئذ ترجحَ بيِّنته.

وقيل: لا حاجةٌ إلى إعادة البيِّنة، وتكفي الشهادةُ على ما هو المقصودُ واقعة بعد الدعوى والاستشهاد.

ولو ادَّعى الملك، وذكر سببه، وشهدوا بالملك، ولم يذكروا السبب، قُبِلَتْ شهادتهم؛ لأنهم شهدوا بالمقصود، ولا تناقضَ.

ولو ادَّعى الملك وسببه، وذكر الشهودُ سبباً آخرَ، فالصحيحُ بطلانُ شهادتهم؛ للتناقض، وقيل: تقبلُ على أصلِ الملك، ويلغو السببُ.

ولو شهد شاهدٌ بألفٍ عن ثمن، وآخرُ بألفٍ عن قَرْض، والدعوى مطلقة، فقد

(١) في المطبوع: « وسبب ».

(٢) ما بين حاصرتين من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٤٨).

سبق في « الإقرار » أنه لا يثبت بشهادتهما شيء ، وقياس الوجه الثاني - على ضعفه - ثبوت الألف .

فَرَعٌ: في يده دارٌ، حكم له حاكم يملكها، فادّعى خارج انتقال الملك منه إليه، وشهدوا بانتقاله إليه بسبب صحيح، ولم يُسَيِّئوه، قال الهروي: وقعت هذه المسألة، فأفتى فيها فقهاء همدان^(١) بسماع الدعوى، والحكم بها للخارج، كما لو عَيَّنوا السبب، وكذا أفتى الماوردئي، والقاضي أبو الطيّب، قال: وميلي إلى أنها لا تسمع، ما لم يُسَيِّئوا، وهو طريقة القفال، وغيره؛ لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء، فصار كالشهادة بأن فلاناً وارث، لا يقبل ما لم يبين جهة الإرث .

الطرف الثاني: في العقود :

وفيه أربع مسائل .

الأولى: إذا قال المُكْرِى: أكريتك هذا البيت شهر كذا بعشرة، فقال: اكرتُ جميعَ الدار بالعشرة، فإن لم يكن بيته تحالفاً، ثم يفسخ العقد، أو يفسخ على ما سبق في « باب التحالف »، وعلى المستأجر أجره مثل ما سكن في الدار أو البيت، فلو أقام أحدهما بيته دون الآخر، قُضِيَ بالبيته، فإن أقاما بيئتين، فقولان، وقيل: وجهان .

أحدهما، خرّجه ابنُ سُرَيْج: تقدّم بيته المستأجر؛ لاشتمالها^(٢) على زيادة، وهي اكترأ جميع الدار .

وأظهرهما، وهو المنصوص: يتعارضان، فيكون على قولَي التعارض؛ إن^(٣) قلنا بالسقوط، تحالفاً، وإن قلنا بالاستعمال، جازت القرعة على الصحيح، وفي اليمين معها الخلاف السابق .

وقال ابنُ سَلَمَةَ: لا يقرع؛ لأن القرعة عند تساوي الجانبين، ولا تساوي؛ لأن جانب المُكْرِى أقوى؛ لملك الرقبة .

(١) في الأصول الخطية: « همدان »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٤٩)، وهمدان: مدينة تقع اليوم في إيران .

(٢) في المطبوع: « لاشتمالهما »، غلط .

(٣) في المطبوع: « وإن »، « الواو » زائدة .

وأما الوقف والقسمة، فلا يجبان، هكذا أطبق عليه الأصحاب، وفيه إشكال.

ونقل الماسرجسي قولاً: أنه تجيء القسمة في الملك، والوقف في الأجرة.

ولو اختلفا، والزيادة في جانب المُكْرِي؛ بأن قال: أكريتك بعشرين، فقال^(١): بل بعشرة، فقول التعارض بحاله، وعلى تخريج ابن سريج: بيّنة المُكْرِي راجحة؛ للزيادة. ويترد ما ذكره في اختلاف المتبايعين إذا كان في بيّنة أحدهما زيادة.

ولو وجدت الزيادة في الجانبين؛ بأن قال: أكريتك هذا [١٣٠٠ / ب] البيت بعشرين، فقال: بل جميع الدار بعشرة، فلا بن سريج رأيان.

الصحيح منهما: الرجوع إلى التعارض.

والثاني: الأخذ بالزيادة من الجانبين، فيجعل جميع [الدار]^(٢) مكري بعشرين، وهذا فاسد؛ لأنه خلاف قول المتداعيين، والشهود.

ثم قال العراقيون، والرؤياني، وغيرهم: هذا إذا كانت البيّتان مُطلّقتين، أو إحداهما مطلقة، أو اتفق تاريخهما، فإن اختلف؛ بأن شهدت إحداهما أن كذا مكري^(٣) سنة من أول رمضان، والأخرى من أول شوال، فقولان.

أظهرهما، وبه قطع العراقيون، والرؤياني: تقدّم أسبقهما تاريخاً؛ لأن العقد السابق صحيح، ولا مخالفة.

والثاني: تقدّم المتأخّرة؛ لأن العقد الثاني ناسخ، وربما تخللت إقالة.

قال صاحب «التقريب»، وغيره: موضع القولين إذا لم يتّفقا على أنه لم يجرِ إلا عقد، فإن اتفقا عليه، تعارضتا.

المسألة الثانية: في يده دار، جاء رجلان، ادّعى كل واحد منهما أنني اشتريتها من صاحب اليد بكذا، وسلّم الثمن، وطالبه بتسليم الدار؛ فإن أقر لأحدهما، سلّم الدار إليه، وهل يحلف للآخر^(٤) ؟

(١) في المطبوع: « قال ».

(٢) كلمة: « الدار » ليست في (ظ)، ولا في المطبوع.

(٣) في المطبوع زيادة: « من ».

(٤) في المطبوع: « الآخر ».

قال الشيخ أبو الفرج: إن قلنا: إتلاف البائع كافة سماوية، فلا، وإن قلنا: كإتلاف الأجنبي، وأثبتنا الخيار، فأجاز، وأراد أن يطلب من البائع قيمتها، بُني التحليف على الخلاف في أنه لو أقرّ للثاني بعد الإقرار الأول، هل يغرم، فيحلف، أم لا؟ فلا، وقد سبق نظائره، وللآخر أن يدعي الثمن؛ فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه.

وإن أنكر ما ادّعى، ولا بيّنة، حلف لكل واحد يميناً، وبقيت الدار في يده.
وإن أقام أحدهما بيّنة، سلّمت الدار إليه، وليس للآخر تحليفه لتغريم العين؛ لأنه لم يفوتها عليه، إنما أخذت بالبيّنة، وله دعوى الثمن.
وإن أقاما بيّنتين، نُظِر:

إن كانتا مؤرّختين بتاريخ مختلف، قدّم أسبقهما تاريخاً، وإن لم تكونا كذلك، فله حالان.

الأولى: أن يستمرّ صاحب اليد على التّكذيب، فيتعارضان، فإن قلنا بالسقوط، سقطتا، وحلف المدّعى عليه لكل واحد منهما، كما لو لم يكن بيّنة، وهل لهما استرداد الثمن؟ وجهان.

أصحهما: نعم، هذا إذا لم تتعرّض البيّنة لقبض المبيع، فإن تعرّضت، فلا رجوع بالثمن؛ لأن العقد استقرّ بالقبض، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده.

وإن قلنا بالاستعمال، فالأشهر: أنه لا يجيء الوقف، والأصحّ مجيئه، فتنزّع الدار من يده، والثمنان، ويوقف الجميع.

وإن قلنا بالقرعة، فمن خرجت قرعته، سلّمت إليه الدار بالثمن الذي سمّاه، واستردّ الآخر الثمن الذي أدّاه.

وإن قلنا بالقسمة، فلكل واحد منهما نصف الدار، بنصف الثمن الذي سمّاه، ولهما خيار الفسخ؛ لأنه لم يسلم جميع المعقود عليه، فإن فسّخا، استردّا جميع الثمن المشهود به، وإن أجازا^(١)، استردّ كل واحد نصف الثمن المشهود به؛ بناءً

على الأظهر، وهو أَنَّ الإجازةَ بالفِسط، ويجوزُ أَنْ يجيزَ أحدهما، ويفسخَ الآخرَ، ويستردّ جميع الثمن.

ثم إن سبقت الإجازةُ الفسخَ، رجَعَ المجيزُ بنصفِ الثمنِ، وليس له أن يأخذ [١٣٠١ / أ] النصفَ المردودَ، ويضمّه إلى ما عنده؛ لأنه حين أجازَ، رضي بالنصف.

وإن سبقَ الفسخُ الإجازةَ، فهل للمجيز أخذ الجميع ؟ وجهان.

أحدهما: لا؛ لأننا نفرِّعُ على قولِ القسمةِ، فلا يأخذُ إلا ما اقتضته، والمردودُ يعودُ إلى البائع.

وأصحُّهما، وبه قطعَ العراقيون: له ذلك؛ لأنَّ بَيِّنَتُهُ قامت بالجمع، وقد زال المزاحم، ونقلَ الرِّبيعُ قولاً: أَنَّ البيعين مفسوخان، ورُوي: باطلان، وهو معنى (مفسوخان) هنا، ويعملُ بمقتضى قولِ المدَّعى عليه، وامتنع جماعة مِنْ جَعْلِهِ قولاً، منهم مَنْ غَلَطَهُ^(١)، ومنهم مَنْ قال: هو تخريجٌ له.

الحالةُ الثانيةُ: أَنَّ يصدّقَ صاحبُ اليدِ أحدهما، فعلى قول السقوط: تسلّم الدار للمصدّق، وكأنه أقرَّ له، ولا بَيِّنَةٌ، وعلى قول الاستعمال وجهان.

قال ابنُ سُرَيْج: يقدّم المصدّق، وكأنه نقلَ إليه يده، فصار معه يدٌ، وبَيِّنَةٌ.

والأصحُّ: المنع؛ لاتفاق البيّتين على إسقاط يده، وانتزاع المال منه باتفاق الأقوال، واليدُ المُرَّالَةُ لا يرجعُ بها، فعلى هذا: هو كما لو لم يصدّق واحد منهما.

ثم إنَّ الأصحابَ لم يفرّقوا فيما إذا لم تكن البيّتانِ مختلفتي التاريخ بين أن يكونا مُطلقتين أو مُتحدتي التاريخ، أو إحداهما مُطلقةً، والأخرى مؤرّخةً؛ بل صرّحوا بالتسوية، إلّا أَنَّ أبا الفَرَجِ الرَّازِ^(٢) استدرَكَ، فقال: هذا إذا لم يقدّم المؤرّخة على المُطلقة، فإن قَدَّمناها، قضينا لصاحبها، ولا تجيءُ الأقوال.

فَرَعٌ^(٣) عن الشيخ أبي عاصِمٍ: لو تعرّضت إحدى البيّتين، لكونِ الدارِ ملكَ

(١) في المطبوع: « غلظه »، تصحيف.

(٢) أبو الفَرَجِ الرَّازِ: هو السَّرَخْسِيُّ، عبد الرحمن بن أحمد.

(٣) كلمة: « فرع » ساقطة من المطبوع.

البائع وقت البيع، أو لكونها ملك المشتري الآن، كانت مُقَدَّمةً، وإن لم يذكر تاريخاً.

ولو ذكرت إحداهما نَقَدَ الثَّمَنِ دُونَ الأُخْرَى، كانت مُقَدَّمةً، سواءً كانت سابقةً، أم مسبوقةً؛ لأن التعرُّض للنقد يوجب التسليم، والأخرى لا توجب؛ لبقاء حق الحبس للبائع، فلا تكفي المطالبة بالتسليم.

فَرَعٌ: فِي يَدِهِ دَارٌ، جَاءَ اثْنَانِ يَدْعِيَانَهَا، قَالَ أَحَدُهُمَا: اشْتَرَيْتُهَا مِنْ زَيْدٍ وَهِيَ مِلْكُهُ، وَقَالَ الْآخَرُ: اشْتَرَيْتُهَا مِنْ عَمْرٍو، وَهِيَ مِلْكُهُ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً بِمَا يَقُولُهُ، فَهَمَا مُتَعَارِضَتَانِ؛ فَإِنْ قُلْنَا بِالسَّقُوطِ، فَكَأَنَّهُ لَا بَيِّنَةَ، وَيَحْلِفُ صَاحِبُ الْيَدِ لِكُلِّ وَاحِدٍ يَمِينًا.

وإن قلنا بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق.

وَيَجِيءُ قَوْلَا الْقَرْعَةِ وَالْقِسْمَةِ، وَالتَفْرِيعُ كَمَا سَبَقَ، إِلَّا أَنَّ - عَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ - إِذَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا فَسَخَ الْعَقْدَ، وَالْآخَرُ إِجَازَتَهُ لَا يَكُونُ لِلْمُجِيزِ أَخْذَ النِّصْفِ الْآخَرِ، سِوَاةً تَقْدِمُ الْفَسْخُ أَوْ الْإِجَازَةُ، إِذَا ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنْ^(١) شَخْصَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَرْدُودَ يَعُودُ إِلَى غَيْرِ مَنْ يَدَّعِي الْمَجِيزُ الشَّرَاءَ مِنْهُ، فَكَيْفَ يَأْخُذُهُ ؟ !

وَحَيْثُ أَثْبَتْنَا الْخِيَارَ عَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ، فَذَلِكَ إِذَا لَمْ تَتَعَرَّضِ الْبَيِّنَةُ لِقَبْضِ الْمَبِيعِ، وَلَا اعْتَرَفَ بِهِ الْمَدَّعِي، وَإِلَّا فَإِذَا جَرَى الْقَبْضُ، اسْتَقَرَّ الْعَقْدُ، وَمَا يَحْدُثُ بَعْدَهُ لَيْسَ عَلَى الْبَائِعِ عَهْدَتُهُ، وَإِنَّمَا شَرْطُنَا فِي صُورَةِ الْفَرَعِ أَنْ يَقُولَ كُلُّ وَاحِدٍ، وَهِيَ مِلْكُهُ؛ لِأَنَّ مَنْ ادَّعَى مَالًا فِي يَدِ شَخْصٍ، وَقَالَ: اشْتَرَيْتُهُ مِنْ فُلَانٍ، لَمْ تَسْمَعْ دَعْوَاهُ حَتَّى يَقُولَ: اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ، وَهُوَ مِلْكُهُ، وَيَقُومُ مَقَامَهُ أَنْ يَقُولَ [١٣٠١ / ب]: وَتَسَلَّمْتُهُ مِنْهُ، أَوْ سَلَّمَهُ إِلَيَّ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَسَلِّمُ مَا يَمْلِكُهُ، وَفِي دَعْوَى الشَّرَاءِ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ لَا يَحْتَاجُ أَنْ يَقُولَ وَأَنْتَ تَمْلِكُهُ، وَيَكْفِي بَأْنَ الْيَدِ تَدْلُّ عَلَى الْمَلِكِ، وَكَذَا يَشْتَرِطُ أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ فِي الشَّهَادَةِ: اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ، وَهُوَ يَمْلِكُهُ، أَوْ اشْتَرَاهُ، وَتَسَلَّمَهُ مِنْهُ، أَوْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ.

قال الإمام: ويجوز أن يقيم شهوداً على أنه اشترى من فلان، وآخرين أن فلاناً

(١) في (ظ)، والمطبوع: «بين».

كان يملكه إلى أن باعه، لكن هؤلاء شهدوا بالملك والمبيع جميعاً، فكأن المراد ما^(١) إذا أقام شهوداً بالشراء وقت كذا، وآخرين أنه كان يملكه إلى ذلك الوقت.

فَرْعٌ: أقام أحد المدعين بَيِّنَةً أنه اشترى الدار من فلان، وكان يملكها، وأقام الآخر بَيِّنَةً أنه اشتراها من مُقيم البيِّنَةِ الأولى، حكم بَيِّنَةُ الثاني، ولا يحتاج أن يقول المقيم^(٢) البيِّنَة: وأنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد؛ لأن البيِّنَة تدلُّ على الملك، كما أن اليد تدلُّ عليه.

المسألة الثالثة: دارٌ في يده، جاء اثنان، قال كُلُّ منهما: بعثك هذه الدار، وكانت ملكي بكذا، فأدَّ الثمن؛ فإن أقرَّ لهما، طُولَبَ بالثمنين، وإن أقرَّ لأحدهما، طُولَبَ بالثمن الذي سمَّاه، وحلفَ للآخر، وإن أنكر ما ادَّعياه، ولا بَيِّنَة، حلفَ لهما يمينين، وإن أقام أحدهما بَيِّنَةً قُضي له، وحلفَ للآخر، وإن أقاما بَيِّنَتَيْنِ، نُظِرَ:

إن أَرختا تاريخين مختلفين، لَزِمَ الثمنان؛ لإمكان الجمع، وإن اتحدتا تاريخهما؛ بأن أَرختا بطلوع الشمس، أو زوالها، تعارضتا؛ لامتناع كونه ملكاً في وقت واحد لهذا وحده، ولذا وحده، فعلى قول السقوط: كأنه لا بَيِّنَة.

وعلى القرعة: يقرع، فمن خرجت قرعته، قُضي له بالثمن الذي شهدت به بَيِّنَتُهُ^(٣)، وللآخر تحليفه بلا خلاف؛ لأنه لو اعترف به بعد ذلك لَزِمَهُ.

وعلى القسمة: لكل واحد نصفُ الثمن الذي سمَّاه، وكأن الدار لهما وباعاه بَـثْمَينِ متفقين، أو مختلفين، وفي مجيء الوقف الخلاف السابق، والمذهب مجيئه.

وإن كانت البيئتان مُطلقتين أو إحداهما مُطلقة، والأخرى مؤرَّخة، فوجهان.

أصْحُهُما: أنهما كمختلفتي التاريخ، فيلزمُهُ الثَّمنان؛ لإمكان الجمع.

والثاني: أنهما كمُتحدتي التاريخ؛ لأن الأصل براءة ذمة المشتري، فلا يلزمُهُ إلَّا اليقين، وبهذا قال القاضي أبو حامد، وابنُ القطَّان، فعلى هذا: يعودُ خلاف التعارض، وفيه طريقٌ ثانٍ، وهو القطعُ بالوجه الأول.

(١) كلمة: « ما » ساقطة من المطبوع.

(٢) في (ط): « لمقيم ».

(٣) في المطبوع: « بيينة ».

وقيل: إن شهدَت البيَّتَانِ على الإقباض مع البيع، وجبَ الثَّمَنَانِ قطعاً.
ولو شهدَت البيَّتَانِ على إقرار المدَّعى عليه بما ادَّعى، فالصحيحُ أن الحكمَ كما
لو قامتا على البيعين، فينظر:
أقامتا على الإقرار مُطلقاً، أم على الإقرار بالشراء من زيدٍ في وقتٍ، ومن عمرو
كذلك؟

وقيل: يجبُ الثَّمَنَانِ، وإن كانتِ الشهادةُ على الإقرارين مطلقاً، وما ذكرناه من
أنهما إذا أرختا تاريخين مختلفين يلزمُهُ الثَّمَنَانِ يشترطُ فيه أن يكون بينهما زمنٌ يمكنُ
فيه العقدُ الأولُ، ثم الانتقالُ من المشتري إلى البائع الثاني، ثم العقدُ الثاني، فإن
عَيَّنَ الشهودُ [١٣٠٢ / ١] زمناً لا يتأتَّى [فيه] ذلك، لم يجبِ الثَّمَنَانِ.

قال الإمام: ولو شهد اثنانِ أنه باع فلاناً في ساعة كذا، وشهد آخرانِ أنه كان
ساكناً تلك الحالة، أو شهد اثنانِ أنه قَتَلَ^(١) فلاناً ساعة كذا، وآخرانِ^(٢) أنه كان ساكناً
تلك الحالة، لا يتحرَّك، ولا يعملُ شيئاً، ففي قبول الشهادة الثانية وجهان؛ لأنها
شهادةٌ على النفي، وإنما تقبلُ شهادةُ النفي في المضايقي، وأحوالِ الضرورات، فإن
قبلناها، جاز^(٣) التعارض.

قلت: الأصحُّ القَبُولُ؛ لأن النفيَ المحصورَ، كالأثباتِ في إمكان الإحاطة به.
والله أعلم.

فَرَعُ: قال الأكثرون: صورةُ المسألة أن يقولَ كُلُّ واحدٍ: بعْتُكَ كذا، وهو
مِلْكِي، وهكذا لفظ الشافعي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ في «المختصر»، وقال أبو الفَيَّاض^(٤):
لا يشترطُ ذلك. وإذا قلنا بالقسمة عند التعارض، فقسَمَ الثمن فلا^(٥) خيارَ لصاحب
اليَد؛ لأنه حصل له تمام المبيع^(٦)، ولا غَرَضَ له في عين البائع.

(١) في المطبوع: « قبل ».

(٢) في المطبوع: « وآخر ».

(٣) في (ظ، أ): « جاء ».

(٤) هو محمد بن الحسن بن المنتصر البصري. سلفت ترجمته.

(٥) في المطبوع: « بلا ».

(٦) في المطبوع: « البيع ».

وقال ابنُ القَطَّانِ : له الخيارُ ، فقد يرضى بمعاملةٍ واحدٍ دون اثنين .

المسألة الرابعة: عَبْدٌ في يد رجلٍ ، ادَّعى أَنَّ سيده أعتقه ، وادَّعى رجل أنه باعه إيَّاه بكذا ، وأنكرَ صاحبُ اليد ما ادَّعياه ، ولا بَيِّنَةٌ ، حلفَ لهما يمينين .

وإنْ أَقَرَّ بالعتقِ ، ثبتَ العتقُ ، ولم يكن للمشتري تحليفُهُ ، إن^(١) قلنا : إتلافُ البائعِ كالألفه السماويَّة ؛ لأنه بالإقرار متلفٌ قبل القبض ، فينسخُ البيعُ ، لكن لو ادَّعى تسليمَ الثمن ، حلفَ له ، وإنْ أَقَرَّ بالبيع ، قُضي به ، وليس للعبد تحليفُهُ ؛ لأنه لو اعترف به ، لم يقبل ، ولم يلزمه غُرْمٌ .

قال الرُّوْيَانِيُّ : وليس لنا موضعٌ يقرُّ لأحد المدَّعين ، ولا يحلفُ للآخر قولاً واحداً إلا هذا .

وإنْ أَقامَ كُلُّ واحدٍ بَيِّنَةً ، نُظِرَ :

إنْ اختلف تاريخُهما ، قُضي بأسبقهما ، وإنْ اتَّحدَ ، تعارضتا ، وفيهما القولان . فإنْ قلنا بالسُّقوط ، فهو كما لو لم يكن .

وإنْ قلنا بالاستعمال ، ففي مجيء قولِ الوقفِ الخلافُ السابقُ .

وإنْ قلنا بالقرعة قُضي لمن خرجت له .

وإنْ قلنا بالقسمة ، عَتَقَ نصفُ العبد ، ونصفه لمدَّعي الشراء بنصفِ الثمن ، وله الخيارُ ، فإنْ فسَخَ ، فالصحيحُ أنه يَعْتَقُ النصفُ الآخر أيضاً ؛ لأن البَيِّنَةَ شهدت بإعتاقِهِ الجميع ، وإنما لم يحكم بموجبها ؛ لزحمة مدَّعي الشراء ، وقد زالت .

وقيل : لا يَعْتَقُ ، وإنْ أجازَ ، فإنْ كان المدَّعى عليه مُعْسِراً ، لم يَسِرِ العتقُ ، وإنْ كان موسِراً ، فقولان ، أو وجهان .

أحدهما: لا يَسِرِي ؛ لأنه عَتَقَ قَهْراً ، فأشبه ما لو ورثَ بعض قريبه .

وأظهرهما: يَسِرِي ؛ لقيام البَيِّنَةِ أنه أعتقَ باختياره .

وقيل : لا يجري قولُ القسمة هنا ؛ تحرُّزاً من تبعيض^(٢) الحرِّية .

(١) في المطبوع : « وإن » .

(٢) في المطبوع : « تبغض » ، تصحيف .

وخرَجَ^(١) المزنِيّ قولاً: أنه يقدّم بيّنة العتق؛ لأن العبد في يد نفسه، وبيّنة صاحب اليد مقدّمة، وضعّف الأصحابُ هذا، وامتنعوا من إثباته قولاً، قالوا: وإنما يكون في يد نفسه لو ثبتت حرّيته.

ولو كانت البيّتان مُطلقَتين، أو إحداهما مُطلقة، والأخرى مُؤرّخة، فهو كما لو اتحد تاريخهما، هذا هو المذهب.

وقيل: لا يجري هنا قول السقوط؛ لأنّ صدقهما ممكن؛ بأن باعه صاحب اليد لمدّعي الشراء، ثم اشتراه منه [١٣٠٢ / ب]، ثم أعتقه، وتصديق صاحب اليد بعد قيام البيّتين لا يوجب الرّجحان إلّا عند ابنِ سريج، كما سبق.

الطرف الثالث: في التداعي والتعارض في الموت والإرث:

وفيه مسائل:

الأولى: مات رجل عن اثنين، مُسلم ونصرانيّ، فقال كلّ منهما: مات على ديني، فأرثته، فلأبّ حالان:

الأولى: أن يكون معروفاً بالتنصّر، فقال المسلم: أسلم، ثم مات، وقال النصرانيّ: مات على ما كان، فيصدّق النصرانيّ بيمينه؛ لأنّ الأصل بقاؤه، فإن أقاما بيّنتين، نُظِر:

إن أُطلقتا، فقالت إحداهما: مات مُسليماً، والأخرى: مات نصرانيّاً، قدّمت بيّنة المسلم؛ لأن معها زيادة علم، وهو انتقاله من النصرانيّة، فقدّمت الناقلة على المُستصحبّة، كما تقدّم بيّنة الجرح على التعديل.

وكما لو مات عن ابن وزوجة، فقال الابن: داره هذه ميراث، وقالت: أضدّقنيها، أو باعنيها، وأقاما بيّنتين، فبيّنتها أولى.

وكما لو ادّعى على مجهول أنك عبدي، وأقام به بيّنة، وأقام المدّعي عليه بيّنة أنه كان ملكاً لفلان، وأعتقه، تقدّم بيّنة المدّعي عليه؛ لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرّية، وعلى هذا قياس المسائل.

وإن قُيدَتَا^(١) بأنه تكلم في آخر عُمره كلمةً، وأقام المسلمُ بيَّنةً أنها كانت كلمة الإسلام، وأقام الآخرُ بيَّنةً بأنها كانت النصرانية، تعارضتا، فعلى قول السقوط: تسقطان، ويصيرُ كأن لا بيَّنة، فيصدق النصرانيُ بيمينه.

وإن قلنا بالاستعمال، فعلى الوقف: يوقفُ، وعلى القرعة يقرعُ، فمن خرجت له، فله التركة.

وعلى القسمة تقسمُ، فيجعل بينهما نصفين كغير الإرث.

وقال أبو إسحاق^(٢): لا تجيءُ القسمة؛ لأنها تكونُ حكماً^(٣) بالخطأ يقيناً؛ لأنه لا يموتُ مسلماً كافراً، وفي غير صورة الإرث لا يتحقَّقُ الخطأُ في القسمة؛ لاحتمالِ كونِ المدَّعى مشتركاً بينهما، والصحيحُ: الأول.

وليست القسمةُ حكماً بأنه مات مسلماً كافراً؛ بل لأنَّ بيَّنةَ كُلِّ واحدٍ اقتضتُ كونَ جميعِ المالِ له، فزاحمتها^(٤) الأخرى، فعملنا بكلِّ واحدةٍ بحسبِ الإمكان.

قال العراقيون: وليست القسمةُ خطأً يقيناً؛ لاحتمالِ أنه مات نصرانياً وهما نصرانيَّان^(٥)، فورثاه، ثم أسلم أحدهما. ولو قيدت بيَّنة النصراني أنَّ آخرَ كلامه النصرانية، فهو كتنقيد البيَّتين.

الحالة الثانية: أن لا يكون الأبُ معروفَ الدِّينِ، فإن لم يكن بيَّنةً، نُظر:

إن كان المال في يدٍ غيرهما، فالقولُ قوله.

وإن كان في يدهما، حلفَ كُلُّ واحدٍ لصاحبه، وجعل بينهما.

وإن كان في يدٍ أحدهما، فوجهان.

(١) في المطبوع: « قيدنا ».

(٢) أبو إسحاق: هو المَرُوزِيُّ، إبراهيم بن أحمد. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣٧٦ / ٢): « حيث أطلق أبو إسحاق في كتب المذهب فهو المَرُوزِيُّ، وقد يقيّدونه بالمَرُوزِيِّ، وقد يطلقونه ».

(٣) في المطبوع: « حتماً »، تحريف.

(٤) في المطبوع: « ومزاحمتها ».

(٥) قوله: « وهما نصرانيان » ساقط من المطبوع.

أحدهما، وبه قال الشيخ أبو حامد، والقاضي حُسَيْن وجماعة^(١): القولُ قَوْلُهُ بيمينِهِ، والصحيحُ: أنه يجعلُ بينهما، ولا أثرَ لليدِ بعد اعترافِهِ بأنه كان للميتِ.

وإن أقاما بَيَّتَيْن، تعارضتا، سواء أطلَقنا، أو قَيَّدنا. ويجيءُ في القسمة خلافُ أبي إسحاق.

وقيل: تقدّم بَيَّةُ الإسلام؛ لأنه^(٢) الظاهرُ مِنْ حال مَنْ هو في دار الإسلام. والمذهبُ: الأولُ، ويُصَلِّي على هذا الميتِ، ويدفنه في مقابرِ المسلمين، ويقولُ: أصَلِّي عليه إن كان مسلماً.

فَرَوْع^(٣): يشترطُ في بَيَّةِ النصراني أَنْ يفسّرَ كلمة التنصّر بما يختصُّ به النصراني، كقولهم: ثالث ثلاثة.

وهل^(٤) يجبُ في بَيَّةِ [١ / ١٣٠٣] الإسلامِ تفسيرُ كلمته؛ لأنهم قد يتوهّمون ما ليس بإسلام إسلاماً؟ وجهان.

وإذا قلنا بالقسمة، هل يحلفُ كُلُّ واحد من الابنَيْن^(٥) لِلآخَرِ؟ وجهان. الأصح: لا.

وإذا قلنا بالقسمة، فمات عن ابنِ وبنْتِ، فقال ابْنُ سَلَمَةَ: يقسمُ مناصفةً، وقال غيره: مُثْلَتَةً، والصواب: أنهما كرجلين ادَّعى أحدهما جميعَ دارٍ، والآخرُ نصفَها، وأقاما بَيَّتَيْن، وقد سبقَ أَنَّ على قول القسمة: للأولِ ثلاثة أرباعها، وللآخر: رُبُعُها.

ثم الموتُ على كلمة الإسلامِ يوجبُ إرثَ الابنِ المسلمِ، لكن الموتُ على التنصّر لا يوجبُ بمجرّده إرثَ النصراني؛ لاحتمالِ أنه أسلمَ، ثم تنصّرَ، وكان التصوير فيما إذا تعرّضَ الشهودُ لاستمراره على النصرانيّة حتّى مات، أو اكتفوا

(١) في المطبوع: « وجماعته »، غلط.

(٢) في المطبوع: « لأنَّ ».

(٣) في المطبوع: « فرع ».

(٤) في المطبوع: « هل » بدون « الواو ».

(٥) في المطبوع: « الاثنين ».

باستصحاب ما عرف من دينه مضموماً إلى الموت عليه، وإن لم يتعرض له الشهود.

فَرْع: مات عَنْ زَوْجَةٍ، وَأَخٍ مُسْلِمِينَ، وَأَوْلَادٍ كَفَرَةٍ، فَقَالَ الْمُسْلِمَانِ: مَاتَ مُسْلِماً، وَقَالَ الْأَوْلَادُ: مَاتَ كَافِراً، فَإِنْ كَانَ أَصْلُ دِينِهِ الْكُفْرَ، صُدِّقَ الْأَوْلَادُ. وَإِنْ أَقَامُوا بَيِّنَتَيْنِ، فَإِنْ أَطْلَقْتَا^(١)، قُدِّمَتِ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ قَيَّدَتَا^(٢)، فَعُلِيَ الْخِلَافُ فِي التَّعَارُضِ. وَيَعُودُ خِلَافُ أَبِي إِسْحَاقَ فِي جِرْيَانِ الْقِسْمَةِ؛ فَإِذَا رَجَّحْنَا طَائِفَةً، قَسَمَ الْمَالَ بَيْنَهُمْ، كَمَا يَقْسِمُ لَوْ أَنْفَرَدُوا. وَإِنْ جَعَلْنَا الْمَالَ بَيْنَ الطَّائِفَتَيْنِ؛ تَفْرِيعاً عَلَى الْقِسْمَةِ، فَالْنِصْفُ لِلزَّوْجَةِ وَالْأَخِ^(٣)، وَالنِّصْفُ لِلْأَوْلَادِ، وَفِيمَا تَأْخُذُ الزَّوْجَةُ مِنَ النِّصْفِ وَجِهَانٍ.

أحدهما: رُبْعُهُ وَكَأَنَّهُ جَمِيعُ التَّرَكَةِ، وَبِهِ قَطْعُ السَّرْخَسِيِّ.

والثاني: نِصْفُهُ؛ لِيَكُونَ لَهَا رُبْعُ التَّرَكَةِ؛ لِأَنَّ الْأَخَ مُعْتَرِفٌ بِهِ، وَالْأَوْلَادَ لَا يَحْجُبُونَهَا بِاتِّفَاقِهِمَا، وَبِهِ قَطْعُ الْإِمَامِ.

قلت: الْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَرَفَةٌ أَيْضاً بِاسْتِحْقَاقِ الْأَخِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ التَّرَكَةِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

المسألة الثانية: مات نصراني، وله ابنان: مسلمٌ ونصرانيٌّ، فقال المسلم: أسلمتُ بعد موتِ أبينا، فالميراثُ بيننا. وقال النصراني: قَبْلَهُ، فَلَا تَرِثُهُ، فَلَهُمَا ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ.

إحداها: أَنْ يَقْتَصِرَا^(٤) عَلَى هَذَا الْقَدْرِ، وَلَا يَتَعَرَّضَا لِتَارِيخِ مَوْتِ الْأَبِ، وَلَا لِتَارِيخِ إِسْلَامِ الْمُسْلِمِ.

والثانية: أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى وَقْتِ مَوْتِ الْأَبِ كَرَمْضَانَ، وَقَالَ الْمُسْلِمُ: أَسْلَمْتُ فِي شَوَّالٍ، وَقَالَ النَّصْرَانِيُّ: بَلْ أَسْلَمْتُ فِي شَعْبَانَ، ففِي الْحَالَتَيْنِ إِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ عَلَى دِينِهِ، فَيَحْلِفُ، وَيَشْتَرِكَانِ فِي الْمَالِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « أَطْلَقْنَا ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « قَيَّدْنَا ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَلِلْأَخِ ».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: « يَقْتَصِرُ ».

وإن أقام أحدهما بيّنةً قضيَ بها .

وإن أقاما بيّنتين، قُدّمت بيّنةُ النصرانيّ؛ لأنها ناقلةٌ من النصرانيّة إلى الإسلام في شعبان، والأخرى مُستَصْحبةٌ لدينه في شَوّال، فمع الأولى زيادةٌ علّم .

الحالة الثالثة: أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم؛ فإن اتفقا على أنه أسلم في رمضان، ولكن ادّعى المسلم أن الأب مات في شعبان .

وقال النصرانيّ: مات في شَوّال، صدّق النصرانيّ؛ لأن الأصل بقاء الحياة .

وإن أقاما بيّتين، قُدّمت بيّنةُ المسلم؛ لأنها تنقلُ من الحياة إلى الموت في شعبان، والأخرى تستصحّبُ الحياة إلى شَوّال .

وإن شهدت [١٣٠٣ / ب] بيّنةُ النصرانيّ في هذه الحالة الثالثة أنهم عاينوه حيّاً في شَوّال، أو شهدت بيّنةُ المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون منه كلمةً التنصّر في نصفِ شوال مثلاً، تعارضتا .

فَرْع: مات مسلمٌ، وله ابنان، أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: أسلمتُ أيضاً قبله .

وقال المتفقُ على إسلامه: بل بعدَ موته، فعلى الأحوال الثلاث؛ فإن اقتصر^(١) على ذلك، أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان. وقال قديمُ الإسلام لحادثِ الإسلام: أسلمت في شَوّال. وقال الحادثُ: بل أسلمت في شعبان، صدّق قديمُ الإسلام .

وإن أقاما بيّتين، قُدّمت بيّنةُ الحادث .

وإن اتفقا أن الحادث أسلم في رمضان، وقال قديمُ الإسلام: مات الأب في شعبان. وقال الحادث: بل في شَوّال، فالمصدقُ الحادثُ، والمقدمُ بيّنة قديمُ الإسلام .

وعلى هذا يقاسُ نظائرُ الصورة الأولى، وصورةُ الفرع؛ بأن مات الأب حرّاً،

وَأَحَدُ ابْنَيْهِ حُرٌّ^(١) بِالْإِتِّفَاقِ، وَاخْتَلَفَا هَلْ عَتَقَ الْآخَرُ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَمْ بَعْدَهُ ؟

وَلَوْ اتَّفَقَا فِي صُورَةِ الْفَرْعِ أَنَّ أَحَدَهُمَا لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا. وَقَالَ الْآخَرُ: لَمْ أَزَلْ مُسْلِمًا أَيْضًا، وَنَازَعَهُ الْأَوَّلُ، فَقَالَ: كُنْتُ نَصْرَانِيًّا، وَإِنَّمَا أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ أَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الدَّارِ يَشْهَدُ لَهُ.

وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: لَمْ أَزَلْ مُسْلِمًا، وَكَانَ صَاحِبِي نَصْرَانِيًّا أَسْلَمَ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ، فَوَجْهَانِ خَرَجَهُمَا الْقَفَالُ.

أحدهما: لا شيء لهما؛ لأن الأصل عدم الاستحقاق.

وأصحُّهما: يحلفان، ويجعل المال بينهما؛ لأنَّ ظاهر اليد يشهد لكلِّ واحدٍ فيما يقوله في حَقِّ نَفْسِهِ.

فَرْعٌ: مات عن أبوين كافرين، وابنَيْنِ مُسْلِمِينَ، فَقَالَ الْأَبَوَانِ: مَاتَ كَافِرًا، وَقَالَ الْإِبْنَانِ: مَاتَ مُسْلِمًا، قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: فِيهِ قَوْلَانِ.

أَشْبَهُهُمَا بِقَوْلِ الْعُلَمَاءِ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْأَبَوَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مُحْكَمٌ بِكُفْرِهِ فِي الْإِبْتِدَاءِ؛ تَبَعًا لِهَما، فَيَسْتَصْحَبُ حَتَّى يَعْلَمَ خِلَافَهُ.

والثاني: يَوْفَقُ الْمَالُ حَتَّى يَنْكَشِفَ الْأَمْرُ، أَوْ يَصْطَلِحَا، وَالتَّبَعِيَّةُ تَزُولُ بِالْبُلُوغِ وَحُصُولِ الْإِسْتِقْلَالِ.

وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْإِبْنَيْنِ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ الدَّارِ الْإِسْلَامُ.

قُلْتُ: الْوَقْفُ أَرْجَحُ دَلِيلًا، وَلَكِنْ الْأَصَحُّ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْأَبَوَيْنِ، وَأَنْكَرُوا عَلَى صَاحِبِ «التَّنْبِيهِ» تَرْجِيحَهُ قَوْلَ الْإِبْنَيْنِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْفَسَادِ^(٢). **وَاللَّهُ أَعْلَمُ.**

فَرْعٌ: لَهُ زَوْجَةٌ وَابْنٌ مَاتَا، فَاخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَأَخُو الْمَرْأَةِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: مَاتَتْ أَوَّلًا، فَوَرِثْتُهَا أَنَا وَابْنِي، ثُمَّ مَاتَ الْإِبْنُ، فَوَرِثْتُهُ. وَقَالَ الْأَخُ: مَاتَ الْإِبْنُ أَوَّلًا،

(١) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «حُرًّا».

(٢) أورد قول النووي هذا الدِّمِيرِيُّ فِي (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٤٧) وقال معلقاً: «وكانه قلَّد ابن يونس فِي ذَلِكَ، وَالَّذِي فِي (ابن الخل) لَفْظُ الْأَبَوَيْنِ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِ«التَّنْبِيهِ» مِنْ ابْنِ يُونُسَ، وَكَذَا ذَكَرَهُ جَمِيعُ الْعِرَاقِيِّينَ لَكِنْ بِلَا تَرْجِيحٍ، وَبِالْجُمْلَةِ نَسَخَ التَّنْبِيهِ مُخْتَلَفَةً».

فورثت منه أختي، ثم ماتت، فأرث منها، فإن لم يكن بيّنة، فالقول قول الأخ في مال أخته، وقول الزوج في مال ابنه. فإن حلفاً، أو نكلاً، فهي من صور استبهاام الموت، فلا يورث ميت من ميت؛ بل مال الابن لأبيه، وماله للزوج والأخ.

وإن أقاما بيّنتين، تعارضتا، وجرت أقوال التعارض. هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما، فإن اتفقا على وقت موت أحدهما، واختلفا في أن الآخر مات قبله أم بعده، صدّق من قال: بعده؛ [١٣٠٤ / ١]؛ لأن الأصل دوام الحياة. وإن أقاما بيّنتين، قدّمت بيّنة من قال: قبله؛ لأن معها زيادة علم.

فزع: مات عن زوجة وأولاد، فقالوا لها: كنت أمة، فعتقت بعد موته، أو ذمّية، فأسلمت بعد موته، فقالت: بل عتقت، وأسلمت قبله، فهم المصدّقون.

وإن قالت: لم أزل حرة مسلمة، فهي المصدّقة؛ لأن الظاهر معها. وفي قول: تصدّق في الحرية دون الإسلام. وخُرج قول: أن الأولاد يصدّقون؛ لأن الأصل عدم وراثتها.

المسألة الثالثة: سيّد قال لعبده: إن قتلت، فأنت حرّ، وتنازع بعده العبد والوارث، وأقام العبد بيّنة أنه قتل، والوارث بيّنة أنه مات حتف أنفه، فقولان.

أظهرهما: تقدّم بيّنة العبد، ومنهم من قطع به؛ لأن معها زيادة علم بالقتل.

والثاني: يتعارضان؛ للمنافاة بينهما. فعلى هذا: إن قلنا بالسقوط، فكأنه لا بيّنة، فيحلف الوارث ويستمرّ الرق. وإن قلنا بالقسم: عتق نصفه، أو بالقرعة إن خرجت له، ورق إن خرجت للوارث، ولا يخفى الوقف.

وإذا قدّمنا بيّنة القتل، فلا قصاص؛ لأن الوارث يُنكره.

وإن قال: إن مُت في رمضان فعبد حرّ، وأقام العبد بيّنة أنه مات في رمضان، والوارث بيّنة أنه مات في شوال، فعلى القولين.

أحدهما: التعارض.

وأظهرهما: تقدّم بيّنة العبد؛ لزيادة العلم بحدوث الموت في رمضان.

وقال المُرّني: تقدّم بيّنة الوارث؛ لأن معها زيادة علم، وهي بقاء الحياة إلى

شَوَّال . ومن حَقَّه أَنْ يطرَدَ في نظائر^(١) المسألة السابقة والأحققة .

ولو أقامَ الوارثُ البيَّنةَ أنه مات في شعبانَ ، فالقياسُ مجيءُ الخلافِ وانعكاسِ القولِ الثاني ، وقول المُزَنِّي .

ولو حكمَ القاضي بشهادة شاهدي رمضانَ ، ثم شهد آخرُ أنه مات في شَوَّال ، فهل ينقضُ الحكمَ ، ويجعلُ كما لو شهدت البيَّتَانِ معاً ؟ خرَّجَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ على قولين ، كما لو بانَ فسُقُ الشهود بعد الحكم .

فَرَّعَ : قال لسالم : إِنْ مُتُّ في رمضانَ ، فأنتَ حرٌّ ، ولغانمِ : إِنْ مُتُّ في شَوَّال ، فأنتَ [حرٌّ] ، وأقامَ كُلُّ واحدٍ بيَّنةً تقتضي حرِّيَّتهُ ، فقولا ن .

أحدهما : لا ؛ للتعارض .

والثاني : تقدَّم بيَّنةُ سالمٍ ؛ لأنَّ معها زيادةُ علمٍ ، وهي حدوثُ الموتِ في رمضانَ .

وقال المزنيُّ ، وابنُ سُرَيْجٍ : تقدَّم بيَّنةُ غانمِ .

فإن قلنا بالتعارض ، فعلى السقوط : يَرِقُّ العبدانِ ، وعلى القسمة : يَعْتِقُ من كُلِّ عبدٍ نصفُهُ .

ولو قال لسالم : إِنْ مُتُّ من مرضي ، فأنتَ حرٌّ ، وقال لغانم : إِنْ برئتَ منه ، فأنتَ حرٌّ ، وأقامَ سالمٌ بيَّنةً بموتهِ ، وغانمٌ بيَّنةً ببرئهِ ، فهل تقدَّم بيَّنةُ سالمٍ ، أم غانمٍ ، أم يتعارضانِ ؟ أوجِبُ ، أصحُّها^(٢) : الثالث ، فيكون على الخلاف السابق في التعارض .

وقيل : إذا وجدَ التعارضُ في مثل هذا غُلِبَتِ الحرِّيَّةُ .

قلتُ : معنى تغليبها أنه لا يحكمُ بسقوط البيَّتينِ . والله أعلم .

فَصَّلُ : مَنْ ادَّعى وراثَةَ شخص ، وطلبَ تركته ، أو شيئاً [منها] ، فليبيِّنْ جهةَ الوراثَةِ من بُنُوَّةٍ [١٣٠٤ / ب] أو أُخُوَّةٍ ، وغيرِهما . وذكر السَّرْحَسِيُّ : أن المذهبَ أنه لا يكفي لطلبِ التركة ذكرُ الجهة ؛ بل يذكرُ معها الوراثَةُ ، فيقول : أنا أخوه ووارثه .

(١) في (أ) ، والمطبوع : « نظائره » .

(٢) في المطبوع : « أصحهما » .

وإذا شهد عدلان من أهل الخبرة بباطن حال الميت أَنَّ هذا ابنه، لا يعرف له وارثاً سواه، دُفِعَتْ إليه التركة.

وإن شهدا لصاحب فرض، دُفِعَ إليه فرضه، ولا يطالبان بضمين.

وذكر الفورانيُّ أنه يشترط هنا ثلاثة شهود، كما ذكره في شهادة الإفلاس. والصحيح المعروف: الأول.

وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة، أو كانوا من أهلها، ولم يقولوا: لا نعلم له وارثاً سواه، فالمشهود له إما أن لا يكون له سهم مقدّر، وإما أن يكون.

القسم الأول: أن لا يكون، فلا يعطى شيئاً في الحال؛ بل يبحث القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها، أو طرَقها، فيكتب إليها للاستكشاف^(١)، أو يأمر من ينادي فيها: إن فلاناً مات، فإن كان له وارث، فليأت القاضي، أو ليعث إليه. فإذا بحث مدة يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك، لظهر، ولم يظهر، دفع المال إلى المشهود له.

وحكى السرخسيُّ قولاً: أنه لا يدفع [إليه].

وقيل: إن كان ممن لا يحجب كالابن، دفع إليه، وإن كان يحجب كالأخ، فلا، والمذهب: الأول. وإذا^(٢) دفع إليه، فهل يؤخذ منه ضمين؟ قولان.

أحدهما: يجب.

وأظهرهما: لا يجب، لكن يستحب.

وقيل: لا يجب قطعاً.

وقيل: إن كان يحجب، وجب، وإلا، فلا.

وقيل: إن كان ثقةً موسراً، لم يجب، وإلا، فيجب.

القسم الثاني: أن يكون له سهم مقدّر، فإن كان ممن لا يحجب، دفع إليه أقل فرضه عائلاً من غير بحث، فالزوجة تعطى ربع الثمن عائلاً؛ لاحتمال أبوين،

(١) في المطبوع: «الاستكشاف».

(٢) في المطبوع: «وإن».

وبنتين، وأربع زوجات، والزوج يعطى الرُّبْع عائلاً؛ لاحتِمال أبوين وبنتين معه، والأبُّ السدُسُ عائلاً على تقدير أبوين، وبنتين وزوج أو زوجة، وللأمِّ السدُسُ عائلاً على تقدير أختين لأب، وأختين لأم، وزوج أو زوجة معها.

ولو حضرَ مع الزوجة ابنٌ، أعطيت رُبْعُ الثَّمَنِ غيرَ عائل؛ لأنَّ المسألة لا تعول إذا كان فيها ابنٌ.

ثم إذا بحث، ولم يظهَرَ غيرُ المشهود له، أُعطيَ تمامَ حقِّه، وفيه وجه: أنه لا يعطى تمامَ حقِّه إلاَّ أنْ تقومَ بينه بخلاف الأخ؛ فإنه لو لم يعط شيئاً، لصارَ محروماً بالكلية، والصحيح: الأول. ولا يؤخذُ ضَمِينٌ للمتيقن، وفي أخذه للزيادة^(١) الخلاف.

وإن كان مِمَّنْ يُحجَّبُ، لم يُعطَ شيئاً قبل البحث، وبعد البحث يُعطى على الصحيح، وفيه الوجه السابق فيمن له سهم مقدَّر، وهو مِمَّنْ يُحجَّبُ.

ولو قطعَ الشهود؛ بأنه لا وارث له سواه، فقد أخطؤوا بالقطع في غير موضعه، ولا تبطل به شهادتهم.

ولو قالوا: هذا ابنه، ولم يذكروا كونه وارثه، فقد أطلقَ البغوي^(٢) أنه لا يحكمُ بشهادتهم؛ لأنه قد يكونُ ابناً غيرَ وارث، وجعلَ العراقيون هذه الصورة، كما لو لم يكن الشهودُ من أهل الخبرة الباطنة، أو كانوا ولم يقولوا: لا وارث سواه، وقالوا: ينزِعُ المال من يَدِ مَنْ هو في يده [١٣٠٥ / أ] بهذه الشهادة، ويدفعُ المال إليه بعد البحث المذكور، ونقلوا عن ابنِ سُرَيْجٍ فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الوراثه؛ أنه لا يُعطى شيئاً بعد البحث، لأنَّ الابنَ لا يُحجَّبُ غيرُه، فقرابتُه مُورثه، والأخُ يُحجَّبُ غيرُه، فقرابتُه غيرُ مُورثة بمجردِها.

وذكر الإمامُ في الابن ما ذكره العراقيون، وحكى في الأخ وجهين، فحصل فيهما وجهان^(٣).

(١) في المطبوع: « الزيادة ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٣٦).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ١٤٠ - ١٤١).

فَرَعٌ: لو قالوا: لا نعرف له في البلد وارثاً سواه، لم يُعْطَ شيئاً، ولا يصحّ الضمان المذكور حتّى يدفعَ إليه المال.

الطرف الرابع: في العتق والوصيّة:

من الأصول الممهّدة أنّ مَنْ أَعْتَقَ في مرض موته عبدين، كُلُّ واحدٍ منهما ثلثُ ماله على الترتيب، ولم تُجْزِ الورثةُ، ينحصرُ العتقُ في الأول، وإنْ أعتقهما معاً، أقرع، فإنْ علِمَ سبق أحدهما، ولم يعلم عينه، فهل يقرعُ بينهما، أم يعتقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ نصفه؟ قولان.

أظهرهما: الثاني، ورجّح جماعة الأول.

ولو علِمَ عَيْنُ السابق، ثم جُهلَت، فقليل بطرْدِ القولين، والمذهبُ: القطعُ بأنّه يعتقُ مِنْ كُلِّ عبدٍ نصفه.

ولو علّقَ عتقَ عبدين بالموت، أو أوصى بِعتقهما ومات، وكُلُّ واحدٍ ثلثُ ماله، أقرع، سواءً وَقَعَ التعليقَانِ، أو الوصيّتان معاً، أو مرتّباً.

ولو قامت بَيِّنَةٌ أنّ المريضَ أَعْتَقَ سالماً، وَبَيِّنَةٌ أنه أعتقَ غانماً، وكُلُّ واحدٍ ثلثُ ماله، فإنْ أَرخِتا تاريخاً مختلفاً، عتقَ مَنْ أعتقَهُ أولاً، وإنْ اتَّحَدَ تاريخُهما، أقرع، وإنْ أَطْلَقَتْ إحداهما، ففي « التهذيب »: « أنه يقرعُ؛ لاحتمالِ الترتيبِ والمعيّة.

وقال جماعة، منهم: الإمامُ، والغزاليُّ: احتمالُ الترتيبِ أَقْرَبُ، وأغلبُ مِنْ احتمالِ المعيّةِ، والسابقُ منهما غيرُ معلوم.

وإذا كان كذلك، وتعارضتا، وأطلقتا، عَرَفْنَا أنّ [أَحَدَ] الْعِتْقَيْنِ^(١) سابق، ولم نعرفهُ بعينه، فيجزيُّ القولانِ في أنه يقرعُ بينهما، أم يعتقُ مِنْ كُلِّ عبدٍ نصفه؟

وَمِنْ فروع القولين: ما لو قامت البَيِّنَتانِ كذلك، لكنْ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ سُدُسُ المالِ، فإن قلنا بالقرعة، فخرجتُ للعبدِ الخسيسِ، عتقَ، وعتقَ معه نصفُ الآخرِ، ليكملَ الثلثُ.

وإنْ خرجتُ للنّقيسِ، عتقَ وحده، وإن قلنا هناك: يَعتَقُ مِنْ كُلِّ واحدٍ نصفهُ، فهاهنا وجهان.

(١) في المطبوع: « الصنفين »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٢٧٣): « الْمُعْتَقَيْنِ ».

الصحيح، وبه قطع الأكثرون: يَغْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَاهُ، كما لو أوصى لرجل بثُلث ماله، ولآخرَ سدُسْه، أعطي كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثَيَّ ما أوصى له به.

والثاني: يَغْتَقُ مِنَ النِّفْسِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ، وَمِنَ الْخَسِيسِ نِصْفُهُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ سَبَقَ عَتَقُ النِّفْسِ، عَتَقَ كُلَّهُ، وَإِنْ سَبَقَ الْخَسِيسُ، فَنِصْفُ النِّفْسِ بَعْدَهُ حُرٌّ، فَأَحَدُ نِصْفَيْهِ حُرٌّ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، وَالتَّرَاوُعُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي، وَهُوَ قَدْرُ سُدُسِ الْمَالِ، فَيَقْسَمُ بَيْنَهُمَا، فَيَعْتَقُ مِنَ النِّفْسِ رُبْعَ آخَرٍ، وَمِنَ الْخَسِيسِ نِصْفُهُ.

ولو قامت بَيِّنَتَانِ بِتَعْلِيقِ عَتَقِ عَبْدَيْنِ بِالْمَوْتِ أَوْ بِالْوَصِيَّةِ بِإِعْتَاقَهُمَا، وَكُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ الْمَالِ، وَلَمْ تُجْزِ الْوَرِثَةُ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا، سَوَاءً أَطْلَقَتِ الْبَيِّنَتَانِ أَمْ ^(١) أُرْخِتا؛ لِأَنَّ الْمَعْلُوقَيْنِ بِالْمَوْتِ كَالْوَاقِعِينَ مَعًا فِي الْمَرَضِ. هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ. وَقِيلَ: قَوْلَانِ.

أحدهما: يَقْرَعُ.

والثاني: يَغْتَقُ مِنْ كُلِّ عَبْدٍ نِصْفَهُ.

فصل: لَا فَرْقَ فِي شُهُودِ الْعِتْقِ وَالْوَصِيَّةِ بَيْنَ أَنْ يَكُونُوا [١٣٠٥ / ب] أَجَانِبَ، أَوْ مِنْ وَرِثَةِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ.

فَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِعَتَقِ غَانِمٍ، وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ، وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ تِلْكَ الْوَصِيَّةِ، وَأَوْصَى بِعَتَقِ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ أَيْضًا، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا عَلَى الرَّجُوعِ عَنِ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى، وَتَثَبُّتُ بِهَا الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَّةُ؛ لِأَنَّهُمَا أَتَبَتَا لِلرَّجُوعِ بَدَلًا يَسَاوِيهِ، فَارْتَفَعَتِ التُّهْمَةُ عَنْهُمَا، وَلَا نَظَرَ إِلَى تَبْدِيلِ الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّ الثَّانِي قَدْ لَا يَكُونُ أَهْدَى لَجَمْعِ الْمَالِ، وَقَدْ لَا يَوْرَثُ بِالْوَلَاءِ، وَمَجْرَدُ هَذَا الْإِحْتِمَالِ، لَوْ رُدَّتْ بِهِ الشَّهَادَةُ، لَمَّا قُبِلَتْ شَهَادَةُ قَرِيبٍ لِمَنْ يَرِثُهُ.

هَذَا إِذَا كَانَ الْوَارِثَانِ عَدْلَيْنِ، فَإِنْ كَانَا فَاسِقَيْنِ، لَمْ يَثْبِتِ الرَّجُوعُ بِقَوْلِهِمَا، فَيَحْكُمُ بِعَتَقِ غَانِمٍ بِشَهَادَةِ الْأَجْنَبِيِّينَ، وَيَعْتَقُ مِنْ سَالِمٍ قَدْرَ مَا يَحْتَمِلُهُ ثُلُثُ الْبَاقِي مِنَ الْمَالِ بَعْدَ غَانِمٍ، وَهُوَ الثَّلَاثَانِ، وَكَأَنَّ غَانِمًا هَلَكَ، أَوْ غَضِبَ مِنَ التَّرَكَةِ. فَإِنْ قَالَ الْوَارِثَانِ: أَوْصَى بِعَتَقِ سَالِمٍ، وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِلرَّجُوعِ عَنْ عَتَقِ غَانِمٍ، فَالْحَكْمُ كَمَا سَبَقَ فِيمَا لَوْ كَانَتِ الْبَيِّنَتَانِ أَجَانِبَ، فَالْمَذْهَبُ الْقُرْعَةُ.

(١) فِي (أ)، وَالْمَطْبُوعُ: «أَوْ».

وقيل: قولان، ثانيهما: يعتق من كل عبد نصفه.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن سألتم سدس المال، فالوارثان متهمان برّد العتق من الثلث إلى السدس، فلا تقبل شهادتهما في الرجوع في النصف الذي لم يُثبت له بدلاً. وفي الباقي الخلاف في تبعض الشهادة، فإن قلنا: لا تبعض^(١)، وبه أجاب الشافعي رحمته الله في هذه المسألة، ردّت شهادتهما فيه أيضاً، ويعتق العبدان؛ الأول: بشهادة الأجانب، والثاني: بإقرار الورثة، فإن لم يكونا جائزين، عتق منه قدر ما يستحقانه، فإن قلنا: تبعض، عتق نصف الأول، وكل الثاني.

وحكي وجه: أن الرجوع لا يتبعض، فإذا لم يثبت في البعض، لم يثبت في الباقي، فتبقى الشهادة بالوصية بعتق العبدین، فيقرع، كما سبق.

وهذا الخلاف إذا لم يكن في التركة وصية أخرى.

فإن كان أوصى بثلث ماله لرجل، وقامت البیتان لغانم وسالم كما ذكرنا، قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن وصية غانم؛ لأن للورثة ردّ الزيادة على الثلث، فليس في الشهادة على الرجوع تهمة، فيجعل الثلث أثلاثاً بين الموصى له بالثلث، وعتق سالم، فيعطى الموصى له ثلثي^(٢) الثلث، ويعتق من سالم ثلثاه، وهو ثلث الثلث، هكذا ذكره، لكن ردّ^(٣) الزيادة على الثلث لا يوجب حرمان بعض أصحاب الوصايا؛ بل يوزع عليهم الثلث. وقبول شهادة الرجوع^(٤) يوجب إرقاق غانم، وحرمانه، وهو محلّ تهمة؛ لتعلق الأغراض بأعيان العبيد.

فإن كان الوارثان فاسقين، عتق غانم بشهادة الأجبيين، وعتق سالم بإقرارهما.

ولو كانت قيمة غانم سدس المال، وسالم ثلثه، قبل شهادتهما على الرجوع عن وصية غانم، وأعتق سالم.

(١) في المطبوع: «لا تبعض».

(٢) في المطبوع: «ثلث».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: «برّد»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٧٧).

(٤) في المطبوع، وهامش (ظ): «الثلث» بدل: «الرجوع»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٧٧).

فإن كانا فاسقين، عتق الأول، وعتق من سالم بقدر ثلث الباقي من المال، وهو خمسة أسداس سالم، وكان الأول تلف.

ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض، ووارثان أنه نجز عتق سالم، وكل منهما ثلث المال، نُظِرَ:

إن كذب الوارثان الأجنبيين وقالوا: لم يعتق غانماً، وإنما عتق [١٣٠٦ / أ] سالماً، عتق العبدان، فإن لم يكونا جائزين، عتق من سالم قدر حصتهما، واستدرك بعض المتأخرين فقال: قياس ما سبق أن لا يعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد عتق غانم، وكأن غانماً تلف، وهذا حسن.

وإن لم يكذباهما؛ بل قالوا: أعتق سالماً، ولا يدرى: هل أعتق غانماً أم لا؟ فإن كان الوارثان عدلين، فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدین أجنب، وإن كانا فاسقين، عتق غانم بشهادة الشهود. وأمّا سالم، فقال الشيخ أبو حامد، وتابعه كثيرون: يعتق منه نصفه إذا قلنا: يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين.

قال^(١) ابن الصبّاغ: هذا سهو، وصوابه أن يعتق خمساه، وذكر توجيهه بطريق الجبر.

ولو شهد أجنبيان لغانم، ووارثان لسالم كما ذكرنا، إلا أن سالماً سدس المال، فإن كذب الوارثان الأجنبيين، عتقا جميعاً، وإن لم يكذباهما، فإن كانا عدلين، فهو كما لو كان شهود العبدین أجنب، وقد سبق بيانه.

وإن كانا فاسقين، فنقل البغوي: أن الأول حرّ بشهادة الأجنبيين، ويقرع بينهما. فإن خرجت القرعة له، انحصر العتق فيه، وإن خرجت للثاني، عتق الأول بالشهادة، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال بإقرار الوارثين.

قال: وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل عبد ثلث المال والوارثان فاسقان، وكان هذا جواب على قول القرعة فيما إذا كان الشهود كلهم أجنب، وما نقلناه عن الشيخ أبي حامد، وغيره على قول القسمة.

فصل: شهد اثنان أن فلاناً الميت أوصى لزيد بالثلث، وآخرا أن أوصى ل بكر

بالثُلث، فالثُلث بينهما سواء، فإن قال الآخَران: رجَعَ عن زيد، وأوصى لبُكرٍ
بالثُلث، سلّم له الثُلث، ويستوي في شهادة الرجوع الوارثُ والأجنبيُّ إذا جرى ذكر
بدل.

ولو شهد آخَرانِ أنه رجَعَ عن وصية بُكرٍ أيضاً، وأوصى بالثُلث لعمرو، سلّم
الثُلث له. ولو شهد اثنان أنه أوصى بالثُلث لزيد، واثنان أنه أوصى لبُكرٍ، ثم شهد
اثنان أنه رجَعَ عن إحدى الوصيتين؛ فإن عَيَّنَا المرجوعَ عنها، ثبت الرجوعُ، وكان
الثُلث كُلُّهُ لِلآخَر.

وقال ابنُ القَطّان: ليس لِلآخَرِ إلّا السُدُس، وإنما يكون له الثُلث إذا ثبت أن
وصيته وقَعَتْ بعد الرجوع عن الوصية الأخرى. وإن لم يُعَيَّنَا المرجوعَ عنها، نصَّ في
«المختصر»: أن الثُلثَ بينهما. واختلفَ في وجهه، فقال الجمهورُ: إِبْهَامُ الشهادة
بالرجوع يُمنع قَبُولُها، كما لو شهد أنه أوصى لأحدهما.

وقال القَطّالُ: تقبَلُ هذه الشهادة؛ لأن الوصية تحتمل الإِبْهَامَ، ويقسّمُ الرجوع
بينهما وكأنه رَدَّ وصية كُلِّ واحدٍ إلى السُدُس، وتظهر^(١) فائدةُ الخلاف فيما لو شهدت
بَيِّنَةٌ أنه أوصى لزيد بالسُدُس، وأخرى لعمرو بالسُدُس أيضاً، وأخرى أنه رجَعَ عن
إحدى الوصيتين، فعلى قول الأكثرين: لا تقبَلُ شهادة الرجوع المبهمة، ويعطى كُلُّ
واحدٍ السُدُسَ الموصى به.

وعلى قول القَطّال: تقبَلُ وكأنه رجَعَ عن نصفِ كُلِّ وصية، فيعطى كُلُّ واحدٍ
منهما نصف سُدُس [١٣٠٦ / ب].



الباب السادس

في مسائل منثورة تتعلق بأدب القضاء

والشهادات والدعاوى؛ لأنها تتعلق بعضها ببعض

يوم الجمعة كغيره في إحضار الخصم مجلس الحكم، لكن لا يحضر إذا صعد الخطيب المنبر حتى يفرغ من الصلاة، واليهودي يحضر يوم السبت، ويكسر عليه سبته.

شهد اثنان أنه غصب كذا، أو سرقة غدوة، وآخران أنه غصبه، أو سرقة عشية تعارضتا، ولا يحكم بواحدة منهما، بخلاف ما لو شهد واحد هكذا، وآخر هكذا، حيث يحلف مع أحدهما، ويأخذ الغرم؛ لأن الواحد ليس بحجة، فلا تعارض.

شهد واحد على إتلاف ثوب قيمته ربيع دينار، وآخر على إتلاف ذلك الثوب بعينه، وقال: قيمته ثمن دينار، يثبت الأقل، وللمدعي أن يحلف مع الآخر.

ولو شهد بدل الواحد والواحد اثنان واثنان، ثبت الأقل أيضاً، وتعارضتا في الزيادة.

ولو شهد اثنان أن وزن الذهب الذي أتلفه نصف دينار، وآخران أن وزنه دينار، ثبت الدينار؛ لأن مع شاهديه زيادة علم، بخلاف الشهادة على القيمة، فإن مدركها الاجتهاد، وقد يقف شاهد قليل على عيب.

ولو ادعى عبداً في يد رجل، وأقام بيئته أنه ولد أمته، لم يقض له بها، فقد تلد قبل أن تملكها، فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه، فنص أنه يقضى له بهذه

البينة، وبه قطع الجمهور، وخرَجَ ابنُ سُرَيْجٍ قولاً؛ لأنها شهادةٌ بملكٍ سابق، والمذهبُ: الأولُ؛ لأنَّ النماءَ تابعٌ للأصلِ.

ولو شهدوا أنَّ هذه الشاةَ نتجتُ في ملكه، وهذه الثمرةُ حصلتُ في ملكه، فهو كقولهم: ولدتهُ أمتهُ في ملكه، ولا يكفي نتاجُ شاته، وثمرُ شجرتِه.

ولو شهدوا أنَّ هذا الغَزَلَ مِنْ غزله، أو الفَرْخَ مِنْ بِيضه، أو الدقيقَ مِنْ حِنطته، أو الخبزَ مِنْ دقيقه، كفى؛ لأنَّ ذلكَ عَيْنُ ماله، تغيَّرتَ صفتهُ، بخلافِ وَلَدِ الجاريةِ والشاةِ.

ولو أقامَ بَيِّنَةٌ على رِقِّ شخص، وأقامَ المدَّعيُ عليه بَيِّنَةٌ أنه حُرُّ الأصلِ، فبَيِّنَةُ المدَّعيِ أولى؛ لأنَّ معها زيادةَ علم، وهو إثباتُ الرقِّ.

ولو ادَّعى دِيناً، وشهد به اثنان، لكن قال أحدهما متصلاً بشهادته: إنه قضاء، أو أبرئ منه، فشهادته باطلة؛ للتَّضَادُّ^(١)، وإنَّ ذكره مفصلاً عن الشهادة، فإنَّ كان بعد الحكم لم يؤثِّر. وللمدَّعي عليه أنَّ يحلفَ معه على القضاء والإبراء.

وإنَّ كان قبلَ الحكم، سئل: متى قضاء؟ فإنَّ قال: قبلَ أنَّ شهدت، فكذلك الجواب عند ابنِ القاصِّ.

وذكر فيما إذا شهدَ على إقراره بالدين شاهدان، ثم عاد أحدهما، وقال: قضاء، أو أبرأه بعد أنَّ شهدت؛ أنَّ شهادته لا تبطل؛ بل يحكم بالدين ويؤخذ، إلاَّ أنَّ يحلفَ المدَّعي عليه مع شاهدِ القضاء والإبراء. والفرقُ أنَّ هناك شهدَ على نفسِ الحقِّ، والقضاء والإبراء ينافيانِه، فبطلتِ الشهادةُ، وهنا شهدَ على الإقرار، والقضاء والإبراء لا ينافيانِه، فلا تبطلُ الشهادةُ.

وحكي وجه: أنَّ شهادته على نفسِ الحقِّ لا تبطلُ أيضاً، والصحيح: الأول.

ويقربُ من هذا الخلافِ، الخلافُ فيما لو ادَّعى ألفاً، وشهد له [١٣٠٧ / أ] شاهدانِ بألفٍ مؤجَّل، لكن قال أحدهما: قَضَى مِنْهُ خَمْسَ مِئَةٍ، ففي وجه: لا تصحُّ شهادتهما، إلاَّ في خمسِ مئة، لكن للمدَّعي أنَّ يحلفَ لباقي الألفِ مع الشاهدِ الآخر.

(١) في الأصول الخطية، والمطبوع: «للقضاء»، المثبت من (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٢)، وانظر: (التهذيب: ٨ / ٣٤٤).

وفي وجه: تصحّ شهادتهما على الألف، وللمدعى عليه أن يحلف مع شاهد القضاء.

وفي وجه ثالث: لا يثبت بشهادتهما شيء؛ لأنهما لم يتفقا على ما ادّعاه.

ويقرب منه قولان عن ابن سريج فيما لو شهد اثنان: أن فلاناً وكلّ فلاناً، ثم قال أحدهما: عزله بعد أن شهدت، ففي قول: تبطل شهادته، وفي قول: تمت^(١) شهادة الوكالة، فيعمل بها، والعزل لا يثبت بواحد.

ادّعى شريكان فأكثر حقاً على رجل، فأنكر، يحلف لكل واحد يميناً، فإن رضىوا^(٢) بيمين واحدة، ففي جوازه وجهان.

قلت: الأصح: المنع. والله أعلم.

ولو شهد اثنان أنه أوصى بعقبي غانم، وهو ثلث ماله، فحكم الحاكم بعقبيه، ثم رجعا عن الشهادة، وشهد آخران أنه أوصى بعقبي سالم، وهو ثلث ماله، ولم يُجز الورثة إلا الثلث. قال البغوي: يقرع بينهما، فإن خرجت [القرعة] للأول، رَقَّ الثاني، ويغرّم الراجعان قيمة الأول للورثة.

وإن خرجت للثاني، عتق، ورقّ الأول، ولا غرّم على الراجعين؛ لأنهما لم يتلفاه^(٣).

قال: وعندي يعتق الثاني بلا قرعة، وعلى الراجعين قيمة الأول للورثة.

ولو شهد رجل أنه وكله بكذا، وآخر أنه فوضه إليه، أو سلّطه عليه، ثبتت الوكالة.

ولو شهد أحدهما أنه قال. وكلتك بكذا، والآخر أنه أقرّ بوكالته، لم يثبت شيء.

ولو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع، والآخر أنه وكله بالبيع، وقبض الثمن، ثبت البيع.

(١) في المطبوع: «ثبت»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٣).

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «رضي»، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٣): «رضي الكل».

(٣) في المطبوع: «يتلفياه».

ولو ادَّعى رجلٌ على رجلٍ أنه اشترى منه هذا العبدَ، ونَقَدَهُ الثمنَ، وأَعْتَقَهُ، وأقام به بَيِّنَةً، وادَّعى آخَرُ أنه اشتراه ونَقَدَ الثمنَ، وأقام به بَيِّنَةً، تعارضتا، وذِكْرُ العتقِ لا يقتضي ترجيحاً على الصحيح.

وقيل : يرجحُ؛ لأن العتقَ كالقبض.

نصَّ في « الأم » أنه لو ادَّعى دابةً في يد غيره، وأقام بَيِّنَةً أنها له منذ عَشْرِ سنينَ، فنظَرَ^(١) الحاكمُ في سِنِّها، فإذا لها ثلاثُ سنينَ فقط، لم يقبلِ الشهادةَ؛ لأنها كَذِبٌ.

وأنَّ المُسْنَأَةَ^(٢) الحائِلَةَ بين نهرٍ شَخْصٍ، وأرضٍ آخَرَ، يجعلُ بينهما كالجدارِ الحائِلِ.

ولو ادَّعى مئةَ درهمٍ على إنسانٍ، فقال : قبضْتُ خمسينَ، لم يكن مُقَرَّراً بالمئة، وكذا لو قال : قضيتُ^(٣) منها خمسينَ.

ولو اختلف الزوجانِ في متاع البيت، فإن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ، قُضِيَ بها، وإن لم يكن بَيِّنَةٌ، فما اختصَّ أحدهما باليد عليه؛ حِسّاً، أو حُكماً؛ بأن كان في ملكه، فالقولُ قولُه فيه يمينه، وما كان في يدهما حِسّاً، أو في البيتِ الذي يَسْكُنَانِهِ، فلكلِّ واحدٍ تحليفُ الآخر؛ فإن حَلَفَا، جعلَ بينهما، وإن حلفَ أحدهما دون الآخر، قُضِيَ للحالف، وسواء اختلفا في دوام النكاح، أم بعدَ الفراقِ، وسواء اختلفا هما، أو ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر، وسواء ما يصلحُ للزوج، كالسيفِ، والمنطقة، أو للزوجة، كالحليِّ والغزل، أو لهما.

ولو اختلف مالك الدارِ، وساكنها بالإجارة في متاع الدار، فالقولُ قولُ الساكنِ، فإن تنازعا في رَفٍّ فيها، نُظِرَ:

إن كان مُسَمِراً أو مثبتاً، فالقولُ قولُ المالك، وإِلَّا فهو بينهما، نصَّ عليه.

ولو تنازعا [١٣٠٧ / ب] أرضاً لأحدهما فيها زرعٌ، أو بناءٌ، أو غراسٌ، فهي في يده، أو دابةً، أو جاريةً حامِلاً، والحملُ لأحدهما بالاتفاق، فهي في يده، أو

(١) في المطبوع: « ونظر ».

(٢) المُسْنَأَةُ: حائطٌ يبنى في وجه الماء، ويسمَّى: السَدُّ (المصباح: س ن ن).

(٣) في (ظ): « قبضت ».

داراً، ولأحدهما فيها متاعٌ، فهي في يده. فإن لم يكن المتاعُ إلا في بيت، لم يجعل في يده إلا ذلك البيت، هكذا ذكروه.

ولو تنازعا عبداً، ولأحدهما عليه ثيابٌ، لم يجعل صاحب يد في العبد؛ لأنَّ منفعة الثوبِ الملبوسِ تعودُ إلى العبد، لا إلى المدّعي.

ولو قال رجل: استأجرتُ هذه الدارَ من زيد سنةً في أول رمضان، وقال آخر: استأجرتها منه سنةً من أول شوال، وأقام كلُّ واحدٍ بيّنةً، فقولان حكاهما الفوراني.

المشهور، وبه قطع البغوي، وغيره: تقدّم بيّنة رمضان؛ لسبق تاريخها.

والثاني: بيّنة شوال؛ لأنها ناسخة، ويحتمل أنهما تقايلاً، واستأجر الثاني في شوال، ويجيء هذا في بيّتي البيع على ضعفه.

قامت بيّنة أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه، وبيّنة أن هذا الآخر ابنه لا يعرف له وارثاً سواه، ثبت نسبهما، فلعلَّ كلَّ بيّنة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى.

فصل: فيما جُمع من «فتاوى الفقّال» وغيره، أن الضيّعة إذا صارت معلومة بثلاثة حدود، جاز الاقتصارُ على ذكرها، وهذا خلاف ما سبق في «باب القضاء على الغائب» من إطلاق ابن القاص.

قال الفقّال: لكن لو ذكر الشهود الحدود الأربعة وأخطؤوا في واحد، لم تصحّ شهادتهم، فتركُ الذكر خيرٌ من الخطأ؛ لأنهم إذا أخطؤوا، لم يكن بتلك الحدود ضيّعة في يد المدّعي عليه.

وإذا غلط المدّعي، فقال المدّعي عليه: لا يلزمني تسليم دار بهذه الصفة، كان صادقاً. وإذا حلف، كان باراً. وإن لم ينكر، وقال: لا أمنعه الدار التي يدّعيها، سقطت دعوى المدّعي، فإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها، فله أن يمنعه، ويقول: هي غير ما ادّعت.

فأمّا إذا أصاب في الحدود، فقال: لا أمنعك منها، فليس له المنع إذا ذهب ليدخلها، فإن قال: ظننتُ أنه غلط في الحدود، لم يقبل، وإن قال: إنما قلت: لا أمنعك؛ لأن الدار لم تكن في يدي يومئذ، وقد صارت في يدي وملكي، قيل منه، وله المنع إذا حلف.

وفيه أنَّ دعوى العبد على سيده أنه أذن له في التجارة، لا تسمع إن لم يشتَر، ولم يَبِع شيئاً.

وإن اشترى ثوباً، وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه، فأنكر السيد الإذن، فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن. فإن حلف، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى، ليسقط الثمن عن ذمته.

وإن باع العبد عيناً للسيد، وقبض الثمن، وتلف في يده، فطلب المشتري تلك العين، فقال السيد: لم أذن له في البيع، حلف، فإن حلف، حكم ببطان البيع، وللعبد تحليفه؛ لإسقاط الثمن^(١) عن ذمته.

وأنه لو ادعى ألفاً، وأقام [به] شاهداً، وأراد أن يحلف معه، فأقام المدعى عليه شاهداً بأن المدعى أقر أنه لا حق [له] عليه، فللمدعى عليه أن يحلف مع شاهده، فإذا حلف، سقطت دعوى المدعى.

وأنه يجوز للمالك أن يدعي على الغائب، وعلى الغاصب من الغاصب، فإن ادعى على الأول أنه يلزمه رد الثوب بصفة كذا، أو قيمته [١٣٠٨ / ١] كذا، فليس على الغاصب أن يحلف أنه لا يلزمه؛ لأنه إن قدر على الانتزاع، لزمه الانتزاع والرّد، وإلا فعليه القيمة.

وأنهم لو شهدوا أن هذه الدار اشتراها المدعى من فلان، وهو يملكها، ولم يقولوا: هي الآن ملك المدعى، ففي قبول شهادتهم قولان، كما لو شهدوا أنه كانت^(٢) ملكه أمس، والمفهوم من كلام الجمهور قبولها.

وأنه لو ادعى قصاصاً، فاقصص الحاكم برواية راوٍ روى حديثاً يوجب القصاص في الواقعة، ثم رجّع الراوي، وقال: كذبت وتعمدت، لم يجب القصاص عليه، بخلاف الشهادة؛ لأن الرواية لا تختص بالواقعة.

وأنه لو غصب المرهون من يد المرتهن، قال الراهن في دعواه على الغاصب: لي ثوب كنت رهنته عند فلان، وغصبته منه، ويلزمه الرّد إليّ. ولو اقتصر على قوله:

(١) في المطبوع: « والعبد يحلفه لإسقاطه الثمن »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٨٦).

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « كان ».

لي عنده ثوبٌ، صفتهُ كذا، ويلزمُهُ ردُّهُ إليّ، جازَ، ولا بُعْدَ في قوله: يلزمُهُ ردُّهُ إليّ؛ لأنَّ يدَ المرتهن يدُ الراهن. ولهذا لو نازعه رجلٌ في المرهون، كان القولُ قول الراهن، وإن كان في يد المرتهن؛ لأنَّ يده يده.

وأن الغريبَ إذا دخل بلدًا لا يجوزُ الشهادةُ بأنه حُرُّ الأَصْلِ، إنما تجوزُ الشهادةُ أنَّ فلانًا حُرُّ الأَصْلِ إذا عرفَ حالَ أبيه وأمه، وعرفَ النكاحَ بينهما، وتجاوزُ الشهادةُ به، وإن لم يشاهد الولادة، كما تجوزُ الشهادةُ بأنه^(١) ابن فلان.

وأنه لو ادَّعى داراً في يد رجل، وأقامَ بيّنةً أنه اشتراها منه، وأقامَ صاحبُ اليد بيّنةً أنه وهبها له، ولم يتعرّضاً لتاريخ، تعارضتا. وتظهرُ فائدةُ اختلافهما إذا ظهرت مستحقّة، أو معيبة، وأرادَ الردَّ، واستردّادَ الثمن.

وأنه إذا^(٢) ادَّعى داراً في يد شخصٍ، وأقامَ بيّنةً أنها ملكُهُ، فادَّعاهَا آخَرُ، وأقامَ بيّنةً أنه اشتراها من رجلٍ آخَرٍ، يومَ كذا، ولم يقولوا: إنه كان يملكها يومئذ، لكنْ أقامَ بيّنةً أخرى أنه كان يملكها يومئذ، سَمِعْنَا، وصارتا كبيّنة، فيحصلُ التعارضُ بينهما وبينَ بيّنة المدّعي الأول.

وأنه إذا ادَّعى داراً، وأقامَ بيّنةً أنها ملكُهُ، وتسلمَهَا، فادَّعاهَا آخَرُ بعد مدّةٍ يسيرةٍ، أو طويلةٍ، وأقامَ بيّنةً أنه اشتراها من المدّعي عليه الذي كانت في يده، وكان يملكها يومئذ، قُضي بالدارِ لهذا الأخير، وكان كما لو أقامَ صاحبُ اليدِ البيّنةَ قبل الانتزاعِ منه.

وأنه^(٣) لو كان بيده دارٌ، فادَّعى رجلٌ أنه اشتراها من ثالثٍ بعدما اشتراها الثالثُ من صاحبِ اليدِ، وأنكرَ صاحبُ اليدِ، فله أن يقيمَ بيّنةً على البيعين، وله أن يقيمَ على هذا بيّنةً، وعلى هذا بيّنةً، ولا بأسَ بالتقديم والتأخير.

وأنَّ الشهودَ إذا أرادوا أداءَ الشهادةِ بشراء دارٍ، تبدّلت حدودُها بعد الشراء، قالوا: اشترى داراً من وقتِ كذا من فلان، وهو يملكها، وكان يومئذ ينتهي أحدُ حدودها إلى كذا، والباقي إلى كذا، ثم المدّعي يقيمُ بيّنةً بكيفيةِ التبدّل.

(١) في (ظ): «أنه».

(٢) كلمة: «إذا» ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: «فإنه».

وأنه لو ادَّعى داراً في يد رجلٍ، وأقام بيَّنةً أنها ملكُهُ، فقال القاضي: عرفتُ هذه الدارَ ملكاً لفلانٍ، وقد مات، وانتقلتُ إلى وارثه، فأقيم بيَّنةً على ملكك منه، فله ذلك، وتندفعُ بيَّنتُهُ. وليكن هذا جواباً على أنه يَقضي بعلمه.

وأنه لو ادَّعى داراً في يد [ب / ١٣٠٨] رجلٍ، فقال المدَّعى عليه: ليستِ الدارُ في يدي، ولا أحولُ بينك وبينها، فقد أسقط الدعوى عن نفسه، فيذهب المدَّعي إلى الدار، فإن لم يدفعهُ أحد، فذاك، وإن دُفع، ادَّعى على الدافع^(١)، فلو قال المدَّعي: إنه يكذبُ في قوله: ليست في يدي، ولا أحولُ، لم يلتفت إليه.

وأنه لو باع داراً، فقامت بيَّنة الحسبة أن أبا البائع وقَّفها، وهو يملكها، على ابنه البائع، ثم على أولاده، ثم المساكين، نُزعت من المشتري، ويرجع بالثمن على البائع، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن كذب نفسه، وصدق الشهود، فإن أصرَّ على إنكار الوقف^(٢)، لم تصرف إليه؛ بل توقف، فإذا مات، صُرفت إلى أقرب الناس إلى الواقف.

ولو ادَّعى البائع أنه وقف، لم تسمع بيَّنتُهُ، والتقيد بالبيَّنة يشعرُ بسماع دعواه، وتحليف خصمه.

وقال العراقيون: تُسمعُ بيَّنتُهُ أيضاً إذا لم يكن صرَّح بأنه ملكه؛ بل اقتصر على البيع.

وقال الرُّوياني: لو باع شيئاً ثم قال بعد: وأنا لا أملكه، ثم ملكته بالإرث من فلان، فإن قال حين باع: هو ملكي، لم تسمع دعواه، ولا بيَّنتُهُ.

وإن لم يقل ذلك؛ بل اقتصر على قول: بعثك، سُمعت دعواه، فإن لم يكن [له] بيَّنة، حلف المشتري أنه باعه، وهو ملكه.

قال: وقد نصَّ عليه في «الأم»، وغلط مَنْ قال غيره، وكذا لو ادَّعى أن المبيع وقُفَّ عليه.

فصل: في «فتاوى القاضي حسين» رَحِمَهُ اللهُ: أنه لو ادَّعى عليه عشرة، فقال:

(١) في المطبوع: «الدفع».

(٢) في المطبوع: «الوقت»، تحريف.

لا يلزمُني تسليمُ هذا المالِ اليومَ، لا يجعلُ مُقرّاً؛ لأنَّ الإقرارَ لا يثبتُ بالمفهوم.

وَأَنَّ بَيِّنَتِي الْمِلْكِ وَالْوَقْفِ تَعَارِضَانِ ^(١) كَبَيِّنَتِي الْمِلْكِ.

وأنه لو ماتت، وخلفت زوجاً وأخاً وأختان، فادّعى الزوجُ أَنَّ المتاعَ كُلَّهُ له، جعلَ نصفين: أحدهما للزوج بحكم اليد، والثاني للميتة، ويحلفُ الزوجُ على النصفِ الذي يجعلُ له باليد، كما لو كانت حيّةً، فادّعتِ الكلُّ، فإنَّ كان الأخُ غائباً والأختُ حاضرةً، حلفَ لها، فإذا حضرَ، حلفَ له، فإنَّ أقامتِ الأختُ بَيِّنَةً أَنَّ الكلَّ لها ولأخيها، سُمعت، وثبتَ حقُّ الأخ.

وأن مَنْ حبسه القاضي، لا يجوزُ إطلاقُهُ إلَّا برضاً خَصَمِهِ، أو ثبوتِ إعدامه، فإنَّ ثَبِتَ، أطلقَهُ، وإنَّ لم يَرْضَ خَصَمُهُ.

وإذا أطلقَهُ برضا الخصمِ، فأرادَ إقامةَ بَيِّنَةٍ بإعدامِهِ، لم تُسمع؛ لأنه لا حبسَ عليه، والحالةُ هذه، بخلاف ما إذا استحقَّ حبسه.

وَأَنَّ حَقَّ إِجْرَاءِ الْمَاءِ عَلَى سَطْحِهِ، أو أَرْضِهِ، أو طَرَحِ الثَّلْجِ فِي مِلْكِهِ، يجوزُ الشهادةُ به إذا رآه مدةً طويلةً بلا مانع، ولا يكفي قولُ الشهود: رأينا ذلكَ سنينَ، وإنَّ كان ذلكَ مُستنداً لشهادتهم.

فصل: سئل الشيخُ أبو إسحاق الشيرازيُّ، رَحِمَهُ اللهُ عَنْ رَجُلَيْنِ تَنَازَعَا دَاراً، فَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ، وَادَّعَى الْآخَرُ أَنَّهَا وَقْفٌ عَلَيْهِ، وَلَمْ يُقِمِ بَيِّنَةً، فَحَكَمَ الْقَاضِي لِمُدَّعِي الْمِلْكِ، ثُمَّ ادَّعَى آخَرُ وَقْفَهَا، فَأَقَامَ مُدَّعِي الْمِلْكِ بَيِّنَةً عَلَى حَكَمِ الْقَاضِي لَهُ بِالْمِلْكِ، وَأَقَامَ مُدَّعِي الْوَقْفِ بَيِّنَةً بِالْوَقْفِ، فَرَجَّحَ الْحَاكِمُ بَيِّنَةَ الْمِلْكِ؛ ذَهَاباً إِلَى أَنَّ الْمِلْكَ الَّذِي حَكَمَ بِهِ تَقَدَّمَ عَلَى الْوَقْفِ [١٣٠٩ / ١] الَّذِي لَمْ يَحْكَمْ بِهِ.

ثم تنازعَ مُدَّعِي الْمِلْكِ، وَآخَرُ يَدَّعِي وَقْفَهَا، فَأَقَامَ مُدَّعِي الْمِلْكِ بَيِّنَةً لِحَكَمِ الْحَاكِمِ لَهُ بِالْمِلْكِ، وَتَقْدِيمِ جَانِبِهِ، وَأَقَامَ الْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّ الْوَقْفَ الَّذِي يَدَّعِيهِ قَضِي بَصَحَتِهِ قَبْلَ الْحَكَمِ بِالْمِلْكِ، وَبَتَرَجِيحِهِ عَلَى الْوَقْفِ، هَلْ يَرْتَدُّ حَكْمُ الْحَاكِمِ بِذَلِكَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، يَقْدَمُ الْحَكَمُ بِالْوَقْفِ عَلَى الْحَكَمِ بِالْمِلْكِ وَيَنْقُضُ الْحَكَمَ بِالْوَقْفِ الْحَكَمَ بِالْمِلْكِ.

وسئلَ عَمَّنْ اشترى ضَيْعَةً، وبقيت في يده مدةً، فخرجت وقفاً، وانْتزَعَتْ، فقال: عليه أجرَةُ المثلِ للمدة التي كانت في يده.

وعن رجل وقف مِلْكاً، وأقرَّ أنَّ حاكماً حكم بصحته، ولم يسمَ الحاكم ولا عينه، ثم رجَعَ عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع، فهل له الحكمُ بنفوذ الرجوع؟ قال: لا.

فصلٌ: في « فتاوى الغزالي »: أنه لو ادَّعى داراً في يد غيره، فقال المدَّعى عليه: اشتريتها من زيد، فأقام المدَّعي بيَّنةً على إقرارِ زيد له بها قبلَ البيع، فأقام المدَّعى عليه بيَّنةً على إقرارِ المدَّعي لزيد بها قبلَ^(١) البيع، وجهل التاريخ، قُررت الدارُ في يد المدَّعى عليه.

وأنه إذا خرج المبيعُ مستحقاً، فادَّعى المشتري على البائع وقال: سلمتُه^(٢) إليه في مجلس العقد، فأنكر، وأراد إقامة البيَّنة بأنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس العقد، لم تُسمع هذه البيَّنة؛ لأنها تشهد بالنفي، وإنما تسمع البيَّنة بالنفي في مواضع الحاجة، كالإعسار. وقد يقع التسليم في غفلةٍ ولحظةٍ يسيرة.

وأنها إذا ادَّعت أنه نكحها وطلَّقها، وطلبت نصفَ المهر، أو أنها زوجةُ فلانٍ الميت، وطلبت الإرث، فمقصودها^(٣) المال، فيثبتُ برجلٍ وامرأتين، وبشاهدٍ ويمينٍ.

فصلٌ: في « فتاوى البغوي »: أنه لو ادَّعى نكاحها، فأقرَّت بأنها زوجته منذ سنة، ثم أقام آخرُ بيَّنةً أنها زوجته نكحها من شهر، حكم للمقرِّ له؛ لأنه ثبت بإقرارها النكاح الأول، فما لم يثبت الطلاق، لا حكم للنكاح الثاني.

وأنه لو تحاكم رجلٌ وامرأةٌ بكَرٍّ إلى فقيهٍ ليزوجها به، وجوزنا التحكيم فيه، فقال المحكم: حكمتني^(٤) لأزوجكِ بهذا؟ فسكتت، كان سكوتها إذناً، كما لو استأذنها الوليُّ فسكتت.

(١) في المطبوع: « قبيل ».

(٢) في المطبوع: « سلمت ».

(٣) في المطبوع: « فمقصودهم ».

(٤) في (أ): « حكمتني ». وإثباتُ الباء في هذه الصورة صحيحٌ فصيحٌ، وعليه شواهد من الحديث النبوي الشريف.

وأنه لو حضرَ عند القاضي رجلٌ وامرأةٌ، واستدعتْ تزويجَها به، وقالت: كنتُ زوجةَ فلان فطلّقني، أو ماتَ عني، لا يزوّجها ما لم يَقم حُجّةً بالطلاق، أو الموتِ.

فَصْلٌ: عن ابنِ القاصِّ: أَنَّ مَنْ أنكَرَ الحِلْفَ بالطلاقِ الثلاثِ يحلفُ أنه ما قال لها: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالق ثلاثاً، ولا هي بائنٌ منه بثلاث.

وقال الشيخ أبو زيد: يكفيه أنها لم تَبَيّنْ منه بثلاثٍ. ووجه الأول أنه قد يحلفُ متأولاً على مذهبِ الحَجّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ^(١) وتابعيه: أَنَّ الثلاثَ لا تقعُ مجموعةً، أو على تصحيحِ الدور.

ويجوزُ أَنْ يُقالَ: إِنْ قال: لم تَبَيّنْ مني، حلفَ عليه، وإن قال: لم أحلفَ بطلاقها، حلفَ عليه.

حكى الهَرَوِيُّ عن العَبَّادِيِّ^(٢): أَنَّ مَنْ ادَّعى عليه ودِعةً، فقال: لا يلزمُني دفعُ شيءٍ إليه، لا يكونُ هذا جواباً، لأنَّ المودعَ لا دفعَ عليه، إنما يلزمُهُ التخليةُ، والجوابُ الصحيحُ أَنَّ ينكَرَ أصلَ الإيداعِ، أو يقول: هلكَ في يدي، أو ردّدته [١٣٠٩ / ب]، وهذا يخالفُ كلامَ الأصحاب، ألا تراهم يقولون: مَنْ جَحَدَ الودِعةَ فقامتِ بَيِّنَةٌ بالإيداعِ، فادَّعى تلفاً أو ردّاً قبل الجُحودِ، نُظِرَ:

إِنْ كانت صِغَةُ جَحْدِهِ إنكارَ أصلِ الودِعةِ أم قال: لا يلزمُني تسليمُ شيءٍ إليك، فإمّا أَنْ يقدَرَ خلافُ، أو يؤوّلَ ما أطلقوه.

قلتُ: الذي قاله العَبَّادِيُّ^(٣) صحيحٌ، وتأويلُ كلامهم متعينٌ، وهو أنهم أرادوا: إذا جرى منه هذا اللفظ، فحكمه كذا؛ لأنَّ القاضي يقنعُ منه بهذا الجواب مع طلبِ الخصمِ الجواب. والله أعلم.

(١) هو أبو أَرْطَاة، الحجاج بن أَرْطَاة النَّخَعِي الكوفي، الفقيه، أحد الأئمة في الحديث والفقه، وهو من تابعي التابعين. استفتي وهو ابن ست عشرة سنة، وولي قضاء البصرة، توفي بخراسان أو بالري سنة (١٤٥ هـ). اتفقوا على أنه مدلسٌ، وضعفه الجمهور، فلم يحتجوا به، ووثقه شعبة وقليلون، وكان بارعاً في الحفظ والعلم. له ترجمة في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٣٨١ - ٣٨٢).

(٢) هو أبو عاصم العَبَّادِي. انظر: (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٠٧).

(٣) في (أ)، وهامش (ظ)، والمطبوع: «ابن القاصِّ». قال الدميري في (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٠٧): «بعد نقل كلام الإمام النووي لهذا: (وتعبيره بابن القاصِّ سَبَقُ قلم)».

وأنه إذا أقامَ بَيِّنَةٌ بأنه أَجِيرٌ فلانٍ ؛ لحفظِ سفينته هذه بدينار، وأقامَ صاحبُ السفينة بَيِّنَةً أنه أَجرَهُ إياها بدينار، تعارضتا .

وأنه لو شهدَ عليه اثنان بالقتل في وقتٍ معيَّن، وآخراَن أنه لم يَقْتُلْ في ذلك الوقت ؛ لأنه كان معنا، ولم يَغِبْ عَنَّا، تعارضتا، وقد سبقَ من نظائر هذا ما يخالفُهُ .

قلت: يعني : أَنَّ البَيِّنَةَ الثانيةَ شهدت بالنفي، وقد سبقَ أَنَّ شهادةَ النفي لا تقبلُ إلَّا في مواضع الضرورة، كالإعسار . هذا مراد الرافعي هنا، وقد تقدَّم في الفصل السابق عن « فتاوى الغزالي » ما يوافقُه، ولكنه ضعيفٌ مردودٌ؛ بل الصوابُ أن النفي إذا كان في محصورٍ يَحْضُلُ العلمُ به، قُبِلَت الشهادة به، وقد سبقَ ذكرِي لهذه المسألة في « الشَّهادَاتِ » . **والله أعلمُ .**

وَأَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَدَّعي، ويقيمَ البَيِّنَةَ من غير أن يعترفَ للمدَّعى عليه باليد، فطريقُهُ أَنْ يقول: الموضعُ الفلاني مِلْكي، وهذا يمنعني منه؛ تعدياً، فَمَرُهُ يَمْكُنِي منه .

وأنه لو شهدَ شاهدانِ أَنَّ الكَلْبَ وَلَغَ في هذا الإناءِ، ولم يَلْغُ في ذاك، وآخراَن بضدِّه، تعارضتا، فلو لم يقولوا: ولم ^(١) يَلْغُ في ذاك ^(٢)، فالإناءانِ نجسانِ، وهذه شهادةٌ على إثباتِ ونفي .

ويمكنُ التعارضُ بلا نفي؛ بأنَّ يعيَّنَا وقتاً، لا يمكنُ فيه إلَّا ولوغُ واحدٍ .

قلت: هذه المسألة ذكرتها في « كتاب الطهارة » مستوفاةً مختصرةً، وفي هذا الذي ذكره العبَّادِيُّ فيها من إثباتِ التعارضِ تصريحٌ بقبولِ شهادةِ النفي في المحصور، كما سبقَ قريباً . **والله أعلمُ .**



(١) في المطبوع: « لم » بدون « الواو » .

(٢) في (أ)، والمطبوع: « ذلك » .

الباب السابع

في دعوى النسب وإحقاق القائف^(١)

مقصودُ الباب الكلامُ في القائفِ وشَرْطِهِ، وأَمَّا^(٢) الاستلحاقُ وشروطُهُ، فسبَقَ ذكرُهُ في « كتاب الإقرار » و« اللَّقِيط ».

وفي البابِ ثلاثةُ أركانٍ:

الأول: المستلحقُ:

وقد سبقَ في « كتاب اللَّقِيط » أن المذهبَ صحَّةُ استلحاقِ العبدِ والعتيق دونَ المرأةِ على الأصحِّ، وسبَقَ هناك جُمْلٌ مِنْ أَحْكَامِهِ^(٣).

الركن الثاني: الملحقُ:

وهو القائفُ، وليكن فيه صِفَاتٌ، بعضها واجب قطعاً، وبعضها مختلف فيه، فيشترطُ فيه أهليَّةُ الشهادة، فيكون مُسْلِماً، بالغاً، عاقلاً، عدلاً، والأصحُّ اشتراطُ حرِّيَّته وذُكُورته، وأنه يكفي واحدٌ، ونصَّ عليه.

وقيل: يشترطُ اثنان.

(١) القائف لغةً: متبوع الآثار، وشرعاً: من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم بذلك (مغني المحتاج: ٤ / ٤٨٨).

(٢) في المطبوع: «أما» بدون «الواو».

(٣) في المطبوع: «أركانه».

وأنه لا يشترط كونه من بني ^(١) مُدْلَج ^(٢) [١٣١٠ / ١١]؛ بل يجوز من سائر العرب، ومن العجم.

قال ابن كَجَّ: ولا يجوز أن يكون أعمى، ولا أخرس.

قال: ولو كان ابن أحد المتداعيين، فألحقه بغير أبيه، قَبْلَ، وإن ألحقه بأبيه، لم يقبل.

ولو كان عدو أحدهما، فألحقه به، قَبْلَ. وإن ألحقه بالآخر، فلا؛ لأنه كالشهادة على العدو. ولو كان القاضي قائفاً، فهل يقضي بعلمه؟ فيه الخلاف في القضاء بعلمه.

ويشترط كونه مُجَرَّباً ^(٣). وكيفية التجربة: أن يعرض عليه وَلَدٌ في نسوة ليس فيهنَّ أمُّه، ثم في نسوة ليس فيهنَّ أمُّه، ثم في نسوة ليس فيهنَّ أمُّه ^(٤)، فإذا أصاب في الكل، صار مُجَرَّباً، وقَبِلَ قوله بعد ذلك.

وهل تختص التجربة بالأم، أم يجوز أن يعرض عليه المولود مع أبيه في رجال؟ وجهان.

الأصح المنصوص: الثاني، وبه قطع العراقيون وغيرهم، لكن العرض مع الأم أولى. وأما تكرار العرض ثلاثاً، فقد جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً. وقيل: يكفي مرة.

وقال الإمام ^(٥): لا معنى لاعتبار الثلاث؛ بل المعتبر غلبة الظن؛ بأن قوله ^(٦) عن خبرة، لا عن اتفاق، وهذا قد يحصل بدون الثلاثة.

(١) كلمة: « بني » ليست في المطبوع.

(٢) بني مُدْلَج: ينسبون إلى مُدْلَج بن مرة بن عبد مناة بن كنانة، جد جاهلي، بنوه من كنانة، من عدنان، منهم القافة الذين يلحقون الأولاد بالآباء (اللباب: ٣ / ١٨٣)، و(الأعلام: ٧ / ١٩٧).

(٣) مُجَرَّباً: المجرب: هو الذي جربته الأمور وأحكمته، وقال ابن سيده: المجرب الذي اختبر ما عنده (النجم الوهاج: ١٠ / ٤٥٣).

(٤) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٩٦) زيادة: « ثم في صنف رابع فيهنَّ أمُّه ».

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ١٨٣ - ١٨٤).

(٦) في المطبوع: « بأقواله » بدل: « بأنَّ قوله ».

وإذا حصلت التجربة، اعتمدنا إلحاقه، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق.

الركن الثالث: الولد المُلحَق، ويعرَضُ على القائف في موضعين.

أحدهما: أن يتنازعَ اثنانِ مولوداً مجهولاً مِنْ لَقِيْطٍ أو^(١) غيره، فيعرض على القائف كما سبق في « اللقيط ».

والثاني: أن يشترك اثنان، فأكثر في وطء امرأة، فتأتي بولدٍ لزمان يمكن كونه منهما، ويدّعيه كُلُّ منهما فيعرض على القائف. ويتصور الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور من وجوه.

منها: أن يطأها كُلُّ منهما بالشبهة؛ بأن يجدها بفراشه، فيظنها زوجته، أو أمتّه، فلو كانت في نكاح صحيح، فوطئت بشبهة، فوجهان، قال القاضي أبو الطيّب، وابن الصبّاح: يلحق الولد بالزوج؛ لأنها فراشه، والفراش أقوى من الشبهة، كما لو طلقها وانقضت عدتها، ونكحت، وولدت تلحق بالثاني وإن أمكن كونه من الأول؛ لأنها فراش الثاني، والأصح على ما ذكره الرّوياني وغيره، وبه قطع الإمام^(٢): أنه يُعرض على القائف، ويكون لمن ألحقه به، بخلاف صورة الاستشهاد؛ لأنّ العدة أمارّة ظاهرة في البراءة عن الأول، وهنا بخلافه.

ومنها: أن يطأ زوجته في نكاح صحيح، ثم يُطلقها^(٣)، فيطأها آخرُ بشبهة، أو في نكاح فاسد؛ بأن ينكحها في العدة جاهلاً بها.

ومنها: أن يطأها اثنان في نكاحين فاسدين، وأن يطأ الشريكان المشتركة، وأن يطأ أمتّه، ويبيعها، فيطأها المشتري، ولا يستبرئ واحد منهما.

فإذا وطئ اثنان في بعض هذه الصور في طهر، فولدته لما بين أربع سنين وستة أشهر من الوطأين، وأدعياه جميعاً، عرَضَ على القائف، فإن تخلل بين الوطأين حيضة، فهي أمارّة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول، فينقطع تعلقه، إلا أن يكون

(١) في المطبوع: « أن » بدل « أو ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ١٨٠).

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « ثم طلقها ».

الأول زوجاً في نكاح صحيح، والثاني واطئاً بشبهة أو في^(١) نكاح فاسد، فلا ينقطع تعلُّق الأول؛ لأنَّ إمكان الوطء مع فراش النكاح قائمٌ مقامَ نفسِ الوطء، والإمكان حاصل بعد الحيضة [١٣١٠ / ب].

وإن كان الأول زوجاً في نكاح فاسد، ففي انقطاع تعلُّقه بتخلُّل الحيضة قولان. **أظهرهما:** الانقطاع؛ لأن المرأة لا تصيرُ فراشاً في النكاح الفاسد إلاَّ بحقيقة الوطء، وسواء كان المتنازعان والواطئان مسلمين وحرَّين، أو مختلفي الحال.

فصل: لو استلحق صبياً في يده، أو لا في يده، فبلغ، وانتفى منه، هل يندفع نسبُهُ؟ فيه وجهان سبقا في « الإقرار » و « اللَّقِيط ».

فإن استلحق بالغا، فأنكر، فقد سبق أنه لا يلحقه.

والحاق القائف والحالة هذه ليس بحجة.

فلو سكتَ البالغ، فقد ذكر الغزاليُّ أنه يلحقه القائف، وهذا لم أجدهُ لغيره إذا لم يكن هناك إلاَّ واحدٌ يدَّعيه^(٢)، لكن لو ادَّعا اثنان في موضع الاشتباه، فسكت، عُرض على القائف. فلو وافق أحدهما، لحقه، ولا يقبل قول القائف بخلافه. ولو ادعى اثنان صبياً مجهولاً، ففيه تفصيلٌ سبق في « اللَّقِيط ».

فصل: ادَّعى نسبَ مولودٍ على فراشٍ غيره بسبب وطءٍ شبهة، فإن قلنا: وطءُ الشبهة لا أثر له إذا كانت المرأة فراشاً لزوج، والولد ملحقٌ بالزوج، لم تُسمَعْ دعواه. وإن قلنا: له أثرٌ، لم يكفِ اتفاق الزوجين عليه؛ بل لا بدَّ من البيِّنة على الوطء؛ لأن للولد حقاً في النسب، واتفاقهما ليس حُجَّةً عليه، فإذا قامت البيِّنة، عُرض على القائف، فإن كان المدَّعي نسبَه بالغا، واعترفَ بجريانِ وطءِ الشبهة، وجب أن يكفي.

وإذا استلحق مجهولاً، وله زوجةٌ، فأنكرت ولادته، فهل يلحقها باستلحاقه؟ وجهان.

الصحيح: لا؛ لجواز كونه من وطءٍ شبهة، أو زوجةٍ أخرى.

(١) كلمة: « في » ليست في المطبوع.

(٢) في المطبوع: « عليه » بدل: « يدَّعيه ».

ولو استلحق مجهولاً، وله زوجة، فأنكرت ولادته، واستلحقته امرأة لها زوج، فأنكره، فهل أمُّه الأولى أم الثانية، أم يعرض على القائف فيلحقه بإحدهما؟ فيه أوجهٌ.

ولو كانت الصورة بحالها، وأقام كل واحد بيّنة، فهل بيّنته أولى من بيّنتها، أم يتعارضان، أم يعرض على القائف، فإن ألحقه بالرجل، لحقه ولحق زوجته، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها؟ فيه أربعة أوجه، حكاها الصّيدلاني عن ابن سريج.

فصل: إذا لم يجد قائفًا، أو تحيّر، أو ألحقه^(١) بهما، أو نفاه عنهما، وقفناه حتّى يبلغ، فإذا بلغ أمر بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميل الذي يجده، فإن امتنع، حُسِّن ليختار، وإذا اختار، كان اختياره كإلحاق القائف.

وإن قال: لا أجد ميلًا إلى أحدهما، بقي الأمر موقوفًا، ولا عبرة باختياره قبل البلوغ. وقيل: يخيّر المميّر، وقد سبق هذا في « اللقيط ».

ولو ألحقه القائف بأحدهما، ثم رجع، وألحقه بالآخر، أو ألحقه بآخر قائف آخر، لم يقبل قوله على الصحيح.

وقيل: إذا ألحقه قائف بهذا، وآخر بذاك، تعارضًا، وصار كأن لا قائف.

وأنه إذا رجع القائف، فإن كان بعد الحكم بقوله، لم يلتفت إليه.

وإن رجع قبله قبل رجوعه، لكن لا يقبل قوله في حق الآخر؛ لسقوط الثقة بقوله ومعرفة.

فرغ: إذا ألحقه بهما، قال القفال: يُستدلّ بذلك على أنه لا يعرف الصنعة، فلا يُعتمد بقوله بعده حتّى يمضي زمانٌ يمكن التعلّم فيه، فيمتحن حينئذ [١٣١١ / أ] ثم يعتمد.

فرغ: إذا كانا توءمين، فالحق القائف أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر، فهو كما لو ألحق الواحد بهما.

(١) في المطبوع: « أو تحيّر، وألحقه ».

فَرَعُ: إذا انتسب المولودُ إلى أحدهما، ثبتَ نَسَبُهُ منه، ولا يقبلُ رجوعُهُ، وإن انتسب إليهما، لغا، وأُمرَ بالانتسابِ إلى أحدهما.

ولو اختلف التوءمانِ في الانتسابِ، لم يعتبر قولهما، فإن رجَعَ أحدهما إلى قول الآخر، قُبِلَ.

فَصْلُ: إذا وطئا في طهر، فأَتَتْ بولِدٍ يمكنُ كونهُ منهما، فادَّعاه أحدهما، وسكت الآخر، أو أنكر، فقولان.

أحدهما: يختصُّ بالمدَّعي، كَمَالٍ في يد اثنين ادَّعاه أحدهما دون الآخر، يجعلُ له.

وأظهرهما: يعرضُ على القائفِ؛ لأنَّ للولد حقاً في النَّسَبِ، فلا يسقطُ بالإنكار.

وإن أنكراه معاً، عُرِضَ ولا يضيِّعُ نَسَبَهُ^(١).

فَرَعُ: نفقةُ الولدِ إلى أن يعرضَ على القائفِ، وفي مدَّةِ التوقُّفِ إلى الانتسابِ، تكونُ عليهما، فإذا ألحقَ بأحدهما، رجَعَ الآخرُ عليه بما أنفقَ، وهل تجبُ النفقةُ في حال الاجتنانِ؟ يُبْنَى على أنَّ الحَمْلَ هل يُعْلَمُ؟ إن قلنا: يُعْلَمُ، فَتَعَمُّ، وإلَّا، فلا؛ فإنَّ أوجَبَناها، فكان أحدهما زوجاً طَلَّقَ، والآخر وطِئَ بشبهة، فإن قلنا: النفقةُ للحامل، فهي على المطلَّقِ، وإن قلنا: للحَمْلِ، فعليهما حتَّى يظهرَ الأمرُ.

وإن أوصى للطفل في وقت التوقُّفِ، فليقبلها جميعاً.

فَرَعُ: إذا ماتَ الولدُ قبل العَرَضِ؛ فإن تغيَّرَ، فقد تعدَّرَ العَرَضُ، وإلَّا، فإن دُفِنَ، لم يُنْبَشْ، وإلَّا، فوجهان.

أصْحُهُما: يعرضُ؛ لأنَّ الشَّبَةَ لا يزول بالموت.

والثاني: لا؛ لأنَّ القائفَ قد يبني على الحركة والكلام ونحوهما مما يَبْطُلُ بالموت.

(١) في المطبوع: « ولا يضيِّعُ لنسبه ».

ولو مات أحد المتداعيين، عرض أبوه أو أخوه أو عمه مع الولد، ذكره البغوي^(١).

فَرَعٌ: مِنَ الرُّعَاةِ مَنْ يَلْتَقِطُ السَّخَالَ فِي الظُّلْمَةِ، وَيَضَعُهَا فِي وَعَاءٍ، فَإِذَا أَصْبَحَ، أَلْقَى كُلَّ سَخْلَةٍ إِلَى أُمِّهَا، وَلَا يَخْطِئُ؛ لِمَعْرِفَتِهِ.

فَقَالَ الْإِصْطَحْرِيُّ: يَعْمَلُ بِقَوْلِ هَذَا الرَّاعِي إِذَا تَنَازَعَا سَخْلَةً، وَالصَّحِيحُ: الْمَنْعُ، وَإِنَّمَا تَثَبُّتِ الْقِيَاةُ فِي الْآدَمِيِّ؛ لَشَرَفِهِ، وَحِفْظِ نَسَبِهِ^(٢).

فَرَعٌ: لَوْ أَلْحَقَهُ قَائِفٌ بِأَحَدِهِمَا بِالْأَشْبَاهِ الظَّاهِرَةِ، وَآخَرُ بِالْآخِرِ بِالْأَشْبَاهِ الْخَفِيَّةِ، كَالْخَلْقِ، وَتَشَاكُلِ الْأَعْضَاءِ، فَأَيُّهُمَا أَوْلَى؟ وَجِهَان.

أَصْحُهُمَا: الثَّانِي.

وَلَوْ ادَّعَاهُ مُسْلِمٌ وَذِمِّيٌّ، وَأَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً، تَبَعَهُ نَسَبًا وَدِينًا.

وَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِالذِّمِّيِّ، تَبَعَهُ نَسَبًا، لَا دِينًا، وَلَا يَجْعَلُ حَضَانَتُهُ لِلذِّمِّيِّ.

وَلَوْ ادَّعَاهُ حُرٌّ وَعَبْدٌ، وَأَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِالْعَبْدِ، ثَبَّتَ النِّسْبَ، وَكَانَ حُرًّا؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ وَلَدٌ مِنْ حُرَّةٍ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.



(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٤٨).

(٢) في المطبوع: «نفسه».

٧٨ - كِتَابُ الْعِتْقِ (١)

تظاهرت النصوص والإجماع على أنه قُرْبَةٌ، ويصحُّ مِنْ كُلِّ مالِكٍ مُطْلَقٍ (٢)، لا يصادفُ إعتاقُهُ متعلِّقَ حقٍّ لازمٍ لغيره، فلا يصحُّ إعتاقُ غيرِ مالِكٍ إلَّا بوكالة، أو ولاية، ولا إعتاقُ صبيٍّ ومجنونٍ ومَحْجُورٍ عليه بَسْفِهِ.

وفي المَحْجُورِ عليه؛ لِفَلَسٍ، والراهن والعبد الجاني خلافَ سبقٍ في «التفليس»، و«الرهن» و«البيع».

والمريضُ مرضَ الموتِ يعتبرُ إعتاقُهُ من الثلث، ولا يصحُّ إعتاقُ الموقوفِ عليه الموقوف [١٣١١ / ب]، ويصحُّ إعتاقُ الذميِّ والحربيِّ.

وإذا أسلم عتيقُ الكافر، فولأؤُهُ ثابتٌ عليه.

ويصحُّ العتقُ بالصريح والكناية.

أمَّا الصريحُ؛ فالتحريرُ والإعتاقُ صريحان، فإذا قال له: أنتَ حرٌّ، أو مُحرَّرٌ، أو أحرزْتُكَ، أو أنتَ عتيقٌ، أو معتقٌ، أو أعتقَكَ، عَتَقَ، وإن لم يَنْوِ، ولا أثارَ للخطأ في التذكير والتأنيث؛ بأن يقول للعبد: أنتَ حرٌّ، أو للامة: أنتَ حرٌّ.

وفكُّ الرقبة صريحٌ على الأصحِّ.

(١) العِتْقُ: بمعنى الإعتاق، وهو لغةٌ: مأخوذ من قولهم: عتق الفرسُ: إذا سبقَ، وعتقَ الفَرَسُ: إذا طار واستقلَّ، فكأنَّ العبدَ إذا فك من الرقِّ خلص واستقلَّ.

وشرعاً: هو إسقاط الملك عن الآدميِّ تقريباً إلى الله تعالى. انظر: (مغني المحتاج: ٤ / ٤٩١)، (والنجم الوهاج: ١٠ / ٤٦١).

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٠٥): «مكلفٌ بدل: «مطلق».

والكناية كقوله: لا مِلْكَ لي عليك، أو لا سَبِيلَ، أو لا سُلْطَانَ، أو لا يَدَ، أو لا أَمْرَ، أو لا خِدْمَةَ، أو أَرَزَلْتُ مِلْكي عنكَ، أو حَرَمْتُكَ، أو أَنْتَ سَائِبَةٌ، أو أَنْتَ لَهِ. وصرائحُ الطلاق وكنايتهُ كُلُّها كُنَايَاتٌ فِي الْعَتَقِ. وقوله: أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي كُنَايَةُ عَلَى الْأَصْحَ؛ لاقْتِضَائِهِ التَّحْرِيمَ، كَقَوْلِهِ: حَرَمْتُكَ.

ولو قال: وهَبْتُكَ نَفْسَكَ، ونَوَيْتُ الْعَتَقَ، عَتَقَ. وَإِنْ^(١) نَوَيْتُ التَّمْلِيكَ، فَعَلَى مَا سَنَدْنَاهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي قَوْلِهِ: بَعْتُكَ نَفْسَكَ.

ولو كانت أُمَّتُهُ تُسَمَّى قَبْلَ جَرِيَانِ الرِّقِّ عَلَيْهَا حُرَّةً، فَقَالَ لَهَا: يَا حُرَّةُ! فَإِنْ لَمْ يَخْطُرْ لَهُ النِّدَاءُ بِاسْمِهَا الْقَدِيمِ، عَتَقَتْ، وَإِنْ قَصَدَ نِدَاءَهَا، لَمْ تَعْتَقْ عَلَى الْأَصْحَ، وَقِيلَ: تَعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ.

ولو كَانَ اسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً، أَوْ اسْمُ الْعَبْدِ حُرٌّ أَوْ عَتِيقٌ، فَإِنْ قَصَدَ النِّدَاءَ، لَمْ يَعْتَقْ. وَكَذَا إِنْ أَطْلَقَ عَلَى الْأَصْحَ.

وَفِي «فَتَاوَى الْغَزَالِيِّ»: أَنَّهُ لَوْ اجْتَنَزَ بِالْمَكَّاسِ^(٢)، فَخَافَ أَنْ يَطَالِبَهُ بِالْمَكْسِ عَنْ عَبْدِهِ، فَقَالَ: إِنَّهُ حُرٌّ لَيْسَ بَعْدَ، وَقَصَدَ الْإِخْبَارَ، لَمْ يَعْتَقْ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ كَاذِبٌ فِي خَبَرِهِ. وَمُقْتَضَى هَذَا أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ ظَاهِرًا.

وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَفْرُغْ مِنْ هَذَا الْعَمَلِ قَبْلَ الْعِشَاءِ، وَأَنْتَ حُرٌّ، وَقَالَ: أَرَدْتُ: حُرٌّ مِنَ الْعَمَلِ دُونَ الْعَتَقِ^(٣)، دُيِّنَ، وَلَا يَقْبَلُ ظَاهِرًا.

وَأَنَّهُ لَوْ زَا حَمَّتُهُ امْرَأَةً فِي طَرِيقٍ، فَقَالَ: تَأَخَّرِي، يَا حُرَّةُ! فَبَانَتْ أُمَّتُهُ، لَمْ تَعْتَقْ.

ولو قال لِعَبْدٍ: يَا مَوْلَايَ! فَكُنَايَةُ.

ولو قال له: يَا سَيِّدِي! فَقَالَ الْقَاضِي حُسَيْنٌ، وَالْغَزَالِيُّ: هُوَ لَغْوٌ. قَالَ الْإِمَامُ^(٤): الَّذِي أَرَاهُ أَنَّهُ كُنَايَةُ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «إِنْ».

(٢) الْمَكَّاسُ: صَاحِبُ الضَّرْبَةِ.

(٣) قَوْلُهُ: «دُونَ الْعَتَقِ» سَاقِطٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٤) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٩ / ٢٥١).

فَرَعُ: قال لعبدٍ غيره: أنتَ حرٌّ، فهذا إقرارٌ بحرّيته، وهو باطل في الحال. فلو ملكه، حكمنا بعتقه؛ مؤاخذهً له بإقراره.

ولو قال لعبدٍ الغير: «قد أعتقتك»، قال الغزالي: إن ذكره في معرض الإنشاء، فلعوّ، أو في معرض الإقرار، فيؤاخذُ به إن ملكه. وقال القاضي حُسين: هو إقرار؛ لأن «قد» يؤكد معنى الماضي في الفعل الماضي.

قال الإمام^(١): ومقتضى كلامه: أن قوله: «أعتقتك»^(٢) بلا «قد» لا يكون إقراراً وإن كانت الصيغة في الوضع للماضي. قال: وعندي لا فرق بينهما.

والوجهُ أن يراجعَ ويحكمَ بموجب قوله، فإن لم يُفسّر، ترك. وينبغي أن لا يُفرّق^(٣) بين قوله: «أنتَ حرٌّ»، وقوله: «أعتقتك». فَرَعُ: يصحُّ تعليقُ العتق بالصفات، والإعتاق على عوض^(٤).

ولو قال: «جعلتُ عتقك إليك»، أو «حرّرتك»، ونوى تفويضَ العتق إليه، فأعتق نفسه في الحال، عتق.

ولو قال: «أعتقتك على كذا»، فقبلَ في الحال، أو قال العبدُ: اغتقني على كذا، فأجابهُ، عتق، وعليه ما التزم.

ولو قال: أعتقتك على كذا إلى شهر، فقبلَ، عتق في الحال، والعوض مؤجل. ولو أعتقه على خمير، أو خنزير، عتق، وعليه قيمته. وكذا لو قال [١٣١٢ / أ]: أعتقتك على أن تخدمني، ولم يبيّن مدةً، أو تخدمني أبداً.

ولو قال: على أن تخدمني شهراً، أو تعملَ لي كذا، ويبيّنهُ، فقبلَ، عتق، وعليه ما التزم.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٠٢ - ٢٠٣).

(٢) في المطبوع: «أعتقك».

(٣) في المطبوع: «فرق» بدل: «يفرق».

(٤) في المطبوع زيادة: «قال».

ولو خدمه نصفَ شهرٍ، ومات، فللسيد نصفُ قيمته في تركته.

فُرُوعٌ أَكْثَرُهَا عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ، رَحِمَهُ اللَّهُ: إِذَا قَالَ: أَوَّلُ مَنْ دَخَلَ الدَّارَ مِنْ عَيْدِي، أَوْ أَيِّ عَبْدٍ مِنْ عَيْدِي دَخَلَ أَوَّلًا، فَهُوَ حُرٌّ، فَدَخَلَ اثْنَانِ مَعًا، ثُمَّ ثَالِثٌ، لَمْ يَعْتَقْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ. أَمَّا الثَّالِثُ، فَظَاهِرٌ، وَالْإِثْنَانِ لَا يُوصَفُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بِأَنَّهُ أَوَّلُ.

ولو كان اللَّفْظُ والحَالَةُ هَذِهِ: أَوَّلُ مَنْ يَدْخُلُ وَحْدَهُ، عَتَقَ الثَّالِثُ.

ولو دخل واحدٌ لا غير، فهل يَعْتَقُ؟ وَجْهَانِ فِي «تَعْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ»: أَصْحُهُمَا: نَعَمْ.

ولو قال: آخِرُ مَنْ يَدْخُلُ الدَّارَ مِنْ عَيْدِي حُرٌّ، فَدَخَلَ بَعْضُهُمْ بَعْدَ بَعْضٍ، لَمْ يَحْكَمْ بِعَتَقِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى أَنْ يَمُوتَ السَّيِّدُ، فَيُبَيِّنُ الْآخَرَ.

ولو قال لعبده: إِنْ لَمْ أَحْجِ الْعَامَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَمَضَى الْعَامُ، وَاخْتَلَفَا فِي أَنَّهُ حَجٌّ، فَأَقَامَ الْعَبْدُ [بَيْنَةً] أَنَّهُ كَانَ بِالْكُوفَةِ يَوْمَ النَّحْرِ، عَتَقَ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، رَحِمَهُ اللَّهُ.

ولو قال لعبده: إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَأَحْذِكُمَا حُرٌّ، فَجَاءَ الْغَدُ، عَتَقَ أَحَدَهُمَا، وَعَلَيْهِ التَّعْيِينَ.

فَلَوْ بَاعَ أَحَدَهُمَا أَوْ أَعْتَقَهُ، أَوْ مَاتَ قَبْلَ مَجِيءِ الْغَدِ، وَجَاءَ الْغَدُ، وَالْآخَرُ فِي مِلْكِهِ، لَمْ يَتَّعَيْنِ لِلْعَتَقِ^(١)؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ حِينَئِذٍ إِعْتَاْقَهُمَا، فَلَا يَمْلِكُ إِعْتَاْقَ أَحَدِهِمَا.

ولو باعهما، أَوْ أَحَدَهُمَا، ثُمَّ اشْتَرَى مَنْ بَاعَ، وَجَاءَ الْغَدُ، وَهُمَا مِلْكُهُ، فَعَلَى الْخِلَافِ فِي عَوْدِ الْحِثِّ.

ولو باعَ نِصْفَ أَحَدِهِمَا، وَجَاءَ الْغَدُ، وَفِي مِلْكِهِ نِصْفُهُ الْآخَرُ، فَلِإِذَا التَّعْيِينَ، فَإِنْ عَيْنَ مَنْ نِصْفُهُ لَهُ، وَقَعَ النَّظَرُ فِي السَّرَايَةِ.

ولو قال: إِذَا جَاءَ الْغَدُ وَأَحْذِكُمَا فِي مِلْكِي فَهُوَ حُرٌّ، فَبَاعَ أَحَدَهُمَا، ثُمَّ جَاءَ الْغَدُ وَالْآخَرُ فِي مِلْكِهِ، عَتَقَ.

وإِنْ بَاعَ أَحَدَهُمَا وَنِصْفَ الْآخَرِ، وَجَاءَ الْغَدُ، لَمْ يَعْتَقِ النِّصْفُ الْبَاقِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ كُلُّ أَحَدٍ مِنْهُمَا فِي مِلْكِهِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «الْعَتَقَ».

فَصْلٌ: في خصائص العتق التي ينفردُ بها عن الطلاق، وهي خمسٌ.

الأولى: السَّرية، فمن أعتقَ بعضَ مملوك، فإنَّما أنَّ يكونَ باقيه له، أو لغيره.

الحالة الأولى: أنَّ يكونَ له، فيعتقُ كُلَّهُ، كما في الطلاق، سواءً الموسرُ والمعسرُ.

ولو أضافَ إلى عضوٍ معيَّن، كيدٍ، ورجلٍ، عَتَقَ كُلَّهُ، كالطلاق.

وفي كيفية التكميلِ إذا أضافَ العتقَ إلى الجزء الشائع وجهان.

أحدهما: يحصلُ في الجزء المسمَّى، ثم يسري إلى الباقي.

والثاني: يقعُ على الجميع دفعةً، ويكونُ إعتاقُ البعض عبارة عن إعتاقِ الكلِّ.

وإنَّ أضافه إلى جُزءٍ معيَّن فوجهانِ مرتَّبان، وأوَّلُى بحصولِهِ دفعةً، وقد سبقَ هذا الخلاف بتفاريعه في « الطلاق ».

ولو أعتقَ أُمَّتَهُ الحامِلَ بمملوك له، عَتَقَ الحَمْلُ أيضاً، لا بالسَّرية؛ فإنَّ السَّريةَ في الأشْخاص، لا في الأشخاص؛ بل بطريق التبع كما يتبعها في البيع، إلَّا أنَّ البيعَ يبطلُ باستثنائه، والعتقُ لا يبطلُ؛ لقوَّتِهِ. ولهذا لو استثنى عضواً في البيع، بَطَلَ، بخلاف العتق.

ولو أعتقَ الحَمْلَ، عَتَقَ، ولم تغتِقِ الأمُّ على الصحيح؛ لأنها لا تتبعُهُ.

وقال الأستاذ أبو إسحاق [الإسْفَرَايِينِي] ^(١): تَغْتِقُ بعتقه.

ولو كانت الأمُّ لواحدٍ، والحَمْلُ لآخر، لم يَغْتِقُ واحدٌ منهما بعتقِ الآخر [١٣١٢ / ب].

ولو قال لأُمِّتِهِ: إذا ولدتِ، فولدُك حُرٌّ، أو كُلُّ وَلَدٍ تلدينهُ حُرٌّ، فقد ذكرنا في « الطلاق »: أنها إنَّ كانت حامِلاً عند التعليق، عَتَقَ الولدُ، وإنَّ كانت حائِلاً، عَتَقَ أيضاً على الأصحِّ؛ لأنه وإنَّ لم يَمْلِكِ الولدَ حينئذٍ، فقد مَلَكَ الأصلَ المفيدَ لملكِ الولدِ.

ولو قال لأُمِّهِ الحَامِلِ : إِنْ كَانَ أَوَّلُ مَنْ تَلَدِينَهُ ذَكَرًا فَهُوَ حُرٌّ، وَإِنْ كَانَتْ أُنْثَى فَأَنْتِ حُرَّةٌ، فَوَلَدْتَ ذَكَرًا وَأُنْثَى؛ فَإِنْ وَلَدْتَ الذَّكَرَ أَوَّلًا، عَتَقَ، وَرَقَّتِ الْأُمُّ وَالْأُنْثَى، وَإِنْ وَلَدْتَ الْأُنْثَى أَوَّلًا، عَتَقَتِ الْأُمُّ وَالذَّكَرُ أَيْضًا؛ لَكُونَهُ فِي بَطْنِ عَتِيقِهِ، وَتَرِثُ الْأُنْثَى؛ لِأَنَّ عَتَقَ الْأُمَّ طَرَأَ بَعْدَ مُفَارَقَتِهَا. وَإِنْ وَلَدَتْهُمَا مَعًا، فَلَا عِتْقَ؛ إِذْ لَا أَوَّلَ فِيهِمَا.

ولو لم يعلم هل ولدتهما معًا، أو مرتبًا؟ فلا عِتْقَ؛ لِلشَّكِّ.

وإن علم سبق أحدهما، وأشكَل، فالذكرُ حُرٌّ بكلِّ حالٍ، والأنثى رقيقةٌ بكلِّ حالٍ، والأُمُّ مشكوكٌ فيها، فيؤمِّرُ السيدُ بالبيان، فإن مات قبل البيان، فالأصحُّ أنها رقيقةٌ؛ عملاً بالأصل.

وقال ابنُ الحَدَّادِ: يقرعُ عليها بسهمٍ رِقٌّ وسهمٍ عِتْقٍ، قال الشيخ أبو علي^(١): ما ذكره ابنُ الحَدَّادِ غلط عند عامة الأصحاب؛ لأنَّا شككنا في عِتْقِهَا، والقرعة لا تثبت^(٢) مشكوكاً فيه، وإنما تُستعمل^(٣) في تعيين ما تيقنًا أصله.

قال الشيخ أبو علي: هذا كُلُّهُ إِذَا وَلَدَتْ فِي صَحَّةِ السَّيِّدِ، فَلَوْ وَلَدَتْ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ، نَظَرَ:

إِنْ كَانَ الثَّلَثُ يَفِي بِالْجَمِيعِ، لَمْ يَخْتَلَفِ الْجَوَابُ، وَإِنْ لَمْ يَفِ؛ بِأَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا هَذِهِ الْأَمَةُ وَمَا وَلَدَتْ، أَقْرَعَ بَيْنَ الْأُمِّ وَالْغَلَامِ، فَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْغَلَامِ، عَتَقَ وَحْدَهُ إِنْ خَرَجَ مِنَ الثَّلَثِ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْأُمِّ، قُوِّمَتْ حَامِلًا بِالْغَلَامِ يَوْمَ وَلَدَتْ الْجَارِيَةَ إِنْ وَلَدَتْهَا أَوَّلًا، وَيَعْتَقُ مِنْهَا وَمِنَ الْغَلَامِ قَدْرُ الثَّلَثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْجَارِيَةِ مِئَةً، وَقِيَمَةُ الْأُمِّ حَامِلًا بِالْغَلَامِ مِئَتَيْنِ، فَيَعْتَقُ نِصْفُهَا وَنِصْفُ الْغَلَامِ وَهُوَ مِئَةٌ، وَيَبْقَى لِلْوَرِثَةِ النِّصْفَانِ، وَهُوَ مِئَةٌ، وَالْجَارِيَةُ وَهِيَ مِئَةٌ أُخْرَى.

الحالة الثانية: أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي لغيره، فَيَعْتَقُ نَصِيْبَهُ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا بِقِيَمَةِ بَاقِيَةٍ، لَزِمَهُ قِيَمَتُهُ لِلشَّرِيكِ، وَعَتَقَ الْبَاقِي عَلَيْهِ وَوَلَاءَ جَمِيعَ الْعَبْدِ لَهُ.

(١) هو الشيخ أبو علي السنجي، الحسين بن شعيب. سلفت ترجمته.

(٢) في المطبوع: « لا يثبت ».

(٣) في المطبوع: « يستعمل ».

وإن كان معسراً بقي الباقي [على ملك الشريك]^(١)، وإنما يثبت التقويم بأربعة شروط.

أحدها: كون المعتق موسراً، وليس معناه أن يعدّ غنياً؛ بل إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه، قوّم عليه، وإن لم يملك غيره، ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع في الدين، فيباع مسكنه وخادمه، وكل ما فضل عن قوت يوم، وقوت من تلزمه نفقته، ودست ثوب^(٢) يلبسه، وسكنى يوم، والاعتبار في اليسار بحالة الإعتاق، فإن كان معسراً، ثم أيسر، فلا تقويم.

ولو ملك قيمة الباقي، لكن عليه دين بقدره، قوّم عليه على الأظهر، واختاره الأكثرون؛ لأنه مالك لما في يده، نافذ تصرفه؛ ولهذا لو اشترى به عبداً وأعتقه نفذ.

والثاني: لا يقوّم؛ لأنه غير موسر؛ بل لو أبرئ عن الدين، لم يقوّم عليه أيضاً، كالمعسر يوسر، فعلى الأول: يضارب الشريك بقيمة [١٣١٣ / أ] نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه، فذاك، وإلا اقتصر على حصته، ويعتق جميع العبد إن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق.

وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق، ضارب الشريك بقيمة باقية، إلى أن يعتق الجميع.

ولو كان بين رجلين عبد قيمته عشرون، فقال رجل لأحدهما: أعتق نصيبك منه عني على هذه العشرة، وهو لا يملك غيرها، فأجاب، عتق نصيبه عن المستدعي، ولا سراية؛ لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى.

وإن قال: علي عشرة في ذمتي، فإن [قلنا]: الدين يمنع التقويم، لم يقوّم، وإن قلنا: لا يمنع، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، عتق جميع العبد، ويقسم العشرة بين الشريكين بالسوية، وتبقى لكل واحد خمسة في ذمته، وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق، عتق من نصيب الشريك بالسراية حصّة الخمسة، وهو رُبُع العبد، ويبقى الباقي على الرق، وللشريك المستدعي منه خمسة في ذمته.

(١) جاء في (ظ): « بقيمة باقية، لزمه قيمته للشريك، وعتق الباقي عليه » بدل: « على ملك الشريك » وهو خطأ ناسخ.

(٢) دست ثوب: الدست من الثياب: ما يلبسه الإنسان ويكفيه لتردده في حوائجه (المصباح: د س ت).

ولو ملك نصفين من عَبدَيْنِ متساوَيِ القيمة، فأعتَقَ نصيبه منهما وهو موسِرٌ بنصف قيمة أحدهما، نُظِرَ:

إن أعتقهما معاً، عَتَقَ نصيبَهُ منهما، وسرى إلى نصفِ نصيبِ الشريكِ مِنْ كُلِّ منهما، فيعتَقُ مِنْ كُلِّ منهما ثلاثة أرباعه، وهذا إذا حكمنا بالسَّرايةِ في الحال. وقلنا: اليَسَارُ بقيمة بعضِ النصيبِ يقتضي السَّرايةَ بالقِسْطِ.

وإن أعتَقَ مرتباً، سرى إلى جميع الأول. ثم إن قلنا: الدَّينُ يمنعُ السَّرايةَ، فلا سَرايةَ في العبد الثاني، وإلَّا فيسري، وما في يده يصرفُ إلى الشريك، والباقي في ذمته.

وإن كان الشَّقْصَانِ لشخصين، صرفَ إلى كُلِّ منهما نصفه.

ولو ملك الشَّقْصَيْنِ، فأعتقهما معاً، ولا مالَ له غيرهما، فلا سَرايةَ؛ لأنه مُعسِر.

وإن أعتقهما مُرتباً، عَتَقَ كُلُّ الأول؛ لأن في نصيبه في العبد الآخر وفاء بباقي الذي أعتَقَ شِقْصه. ثم إذا أعتَقَ نصيبه من الثاني نفذَ العتق في نصيبه، ولا سَرايةَ؛ لأنه مُعسِرٌ، وإنما نفذَ إعتاقه نصيبه من الثاني؛ لأن حَقَّ الشريك لا يتعيَّن فيه؛ بل هو في الذمَّة.

فَرَعٌ: أعتَقَ شريكَ نصيبه في مرضٍ موته، نُظِرَ:

إن خرجَ جميعُ العبدِ مِنْ ثُلث ماله، قُوِّمَ عليه نصيبُ شريكه، وعَتَقَ، وإن لم يَخْرُجْ منه إلَّا نصيبه، عَتَقَ نصيبَهُ، ولا تَقْوِيمَ، وإن خرجَ نصيبُهُ وبعضُ نصيبِ شريكه، قُوِّمَ عليه ذلك القَدْرُ، ويجيءُ فيه خلافٌ نذكره إن شاء الله تعالى في يَسَارِ المعتقِ ببعضِ نصيبِ الشَّريكِ.

وبالجُملة المريضُ في الثُلث كالصحيح في الكلِّ، وفيما زاد على الثُلث مُعسِرٌ. واحتجَّ القاضي أبو الطَّيِّب وغيره باعتبار الثُلث على أَنَّ التقويمَ يكونُ بعد موتِ المريض؛ لأن الثُلثَ يعتبرُ حالة الموت، حتى إذا لم يَفِ الثُلثُ بجميعِ العبد حال إعتاقه، ثم استفادَ مالاً، ووفَّى عند الموتِ، قُوِّمَ جميعه.

وفي « التهذيب » : أنه لو ملك نصفين من عبدَيْن متساوَيي القيمة، فأعتقهما في مرض الموت، نُظِرَ:

إِنْ خَرَجَا مِنَ الثُّلُثِ، عَتَقَا، سواء أعتقهما معاً، أو مرتّباً، وعليه قيمة نصيب شريكه، وإن لم يخرج من الثلث إلّا نصيباه، فإن أعتقهما معاً، عَتَقَ نصيباه، ولا سِرَاية، وإن أعتقهما [١٣١٣ / ب] مرتّباً، عَتَقَ كُلَّ الْأَوَّلِ، ولم يَعْتِقْ من الثاني شيء؛ لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول، وصار نصيبه من الثاني مستحقّ الصرف إليه، وإن خرج من الثلث نصيباه، ونصيب أحد الشريكين، فإن أعتقهما مرتّباً، عَتَقَ جميع الأول، ولا يَعْتِقْ من الثاني إلّا نصيبه، وإن أعتقهما معاً، فوجهان.

أحدهما، وبه قال ابنُ الحَدَّادِ: يَعْتِقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ: نصيباه، ونصف نصيب الشريك من كُلِّ واحد منهما.

والثاني: يقرعُ، فمن خرجتُ قرعته، عَتَقَ كُلَّهُ، ولم يَعْتِقْ من الآخر إلّا نصيبه؛ لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصارُ إلى التشقيص مع إمكان التكميل.

وإن لم يخرج من الثلث إلّا أحد نصيبه، فإن أعتقهما معاً، فوجهان.

أحدهما: يَعْتِقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفَ نصيبه، وهو رُبُعُ كُلِّ عبد.

وأصحهما: يقرعُ، فمن خرجتُ قرعته، عَتَقَ مِنْهُ جَمِيعَ نصيبه، ولا يَعْتِقُ مِنَ الْآخَرِ شَيْءٌ.

ولو أعتق النصيبين ولا مالَ له غيرهما، قال الشيخ أبو علي: إِنْ أعتقهما مرتّباً، عَتَقَ ثُلثَا نصيبه من الأول، وهو ثُلُثُ جميع ماله، وهو ثُلُثُ ذَلِكَ الْعَبْدِ، ويبقى للورثة سدُسُ ذَلِكَ الْعَبْدِ، ونصفُ الْعَبْدِ الْآخَرِ. وإن أعتقهما معاً ومات، أفرعَ بينهما، فَمَنْ خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ، عَتَقَ مِنْهُ ثُلثَا نصيبه، وهو ثُلُثُ مَالِهِ.

لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته، فلا سِرَاية وإن خرج كُلُّهُ مِنَ الثُّلُثِ؛ لأن المالَ ينتقلُ بالموت إلى الوارث، ويبقى الميثُ معسراً؛ بل لو كان كُلُّ الْعَبْدِ لَهُ، فأوصى بإعتاق بعضه، فأعتق، لم يَسِرْ.

وكذا لو دَبَّرَ أَحَدُهُمَا نصيبه، فقال: إِذَا مِتُّ، فنصيبِي مِنْكَ حُرٌّ.

وإن قال في الوصية: أعتقوا نصيبي، وكملوا العتق، كملناه، إن خرج من الثلث، وإن لم يخرج كُله، نُفِذَتِ الوصية في القدر الذي يخرج.

وهنا فائدتان.

إحداهما: قال القاضي أبو الطيب: عندي أنه إذا أوصى بالتكميل، لا يكمل إلا باختيار الشريك؛ لأن التكوين إذا لم يكن مستحقاً لا يصير مستحقاً باختيار المعتق، ألا ترى أن المعتق لو كان معسراً، ثم أيسر، أو قال: قومه علي حتى أستقرض، لا يجبر الشريك؟ والجمهور أطلقوا، ووجهه الرؤياني بأنه متمكن من التصرف في الثلث. وإذا أوصى بالتكميل، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث، فكان موسراً به.

الثانية: ذكر الإمام^(١)، والغزالي أن صورة^(٢) الوصية بالتكميل أن يقول: اشتروا نصيب الشريك، فأعتقوه، فأما إذا قال: أعتقوه إعتاقاً سارياً، فلا خير في هذه الوصية؛ لأنه لا سريّة بعد الموت، وإن أعتقنا نصيبه، فالذي أتى به وصية بمحال.

ولو ملك نصفي عبدین، فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته، أعتق عنه النصيبان، ولا سريّة. فلو^(٣) قال مع ذلك: وكملوا عتقهما، فإن خرجا من الثلث، كمل عتقهما، وإن خرج الباقي من أحدهما، فطريقان، حكاها البغوي.

أحدهما: فيه الوجهان فيمن أعتق في مرض الموت النصيبين، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباً مع الباقي من أحدهما، ففي وجه: يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه، وفي آخر: يقرع، فمن خرجت قرعته، أعتق كله، وأعتق من الآخر نصيبه لا غير.

والثاني^(٤): القطع بالقرعة؛ لأنه قصد التكميل هنا حيث أوصى به، فيراعى مقصوده بقدر الإمكان.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٢٦).

(٢) في المطبوع: «لصورة».

(٣) في المطبوع: «ولو».

(٤) في المطبوع: «الثاني» بدون «الواو».

فَزَعُ: لو كان الشريك موسراً ببعض قيمة النصيب، فوجهان: الأصح المنصوص في « الأم »: أنه يسري إلى القدر الذي هو موسراً به.

والثاني: لا يسري؛ لأنه لا يفيد الاستقلال في ثبوت أحكام الأحرار.

ولو كان بين^(١) ثلاثة عبداً، فأعتق اثنان نصيبهما، وأحدهما موسراً، قُومَ نصيب الثالث عليه بلا خلاف.

الشرط الثاني: أن يحصل عتق نصيبه باختياره، فلو ملك بعض من يعتق عليه بالقرابة، نُظِرَ:

إن ملكه لا باختياره؛ بأن ورثه، لم يسر.

وإن ملكه باختياره^(٢)؛ فإن كان بطريق يقصد به اجتلاب الملك، كالشراء، وقبول الهبة^(٣) والوصية، سرى.

وإن كان بطريق لا يقصد به التملك غالباً؛ لكنه يتضمنه؛ بأن كاتب عبداً^(٤)، فاشترى شقصاً ممن يعتق على سيده، ثم عجزه سيده، فصار الشقص له، وعتق، لم يسر على الأصح، وبه قال ابن الحداد. وإن عجز المكاتب نفسه، لم يسر؛ لعدم اختيار سيده.

ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه؛ بأن باع ابن أخيه بثوب، ومات، ووارثه أخوه، فوجد بالثوب عيباً، فردّه، واسترد الشقص، وعتق عليه، ففي السراية وجهان؛ لأنه تسبّب في تملكه، لكن مقصوده ردّ الثوب.

قلت: الأصح - هنا - السراية. والله أعلم.

ولو وجد مشتري الشقص به عيباً، فردّه، فلا سراية، كالإرث.

ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارثه؛ بأن أوصى له ببعض جارية، له منها ابن، أو أوصى له ببعض ابن أخيه، ومات زيد قبل قبول الوصية، فقبلها ابنه أو

(١) في المطبوع: « بن » بدل: « بين ».

(٢) في المطبوع: « باختيار ».

(٣) في المطبوع: « الهدية »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٢١).

(٤) في المطبوع: « فإن كانت عبداً »، غلط. المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٢١).

أخوه، عَتَقَ عليه الشَّقْصُ، ولا سِرَايَةَ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لَأَن يَقْبُولَهُ يَدْخُلُ الشَّقْصُ فِي مَلِكِ الْوَارِثِ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ بِالْإِرْثِ.

فَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِشَقْصٍ مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَى وَارِثِهِ؛ بَأَن أَوْصَى لَهُ بِشَقْصٍ مِنْ أُمَّةٍ، وَوَارِثُهُ أَخُوهُ مِنْ أَبِيهِ، فَمَاتَ وَقَبِلَ الْوَصِيَّةَ أَخُوهُ، عَتَقَ ذَلِكَ الشَّقْصُ عَلَى الْمَيِّتِ، وَيَسْرِي، إِنْ كَانَ لَهُ تَرْكَةٌ يَفِي ثُلُثُهَا بِقِيَمَةِ الْبَاقِي؛ لَأَن قَبُولَ وَارِثِهِ كَقَبُولِهِ فِي الْحَيَاةِ.

قَالَ الْإِمَامُ: هَكَذَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ، وَفِيهِ وَفَقَةٌ؛ لَأَن الْقَبُولَ حَصَلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ.

وَلَوْ بَاعَ عَبْدًا لِابْنِهِ وَلِأَجَنْبِيٍّ صَفَقَةً وَاحِدَةً، عَتَقَ نَصِيبُ الْإِبْنِ، وَقَوَّمَ عَلَيْهِ نَصِيبَ الشَّرِيكِ.

الشَّرْطُ الثَّلَاثُ: أَنْ لَا يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّ السَّرَايَةِ حَقٌّ لَازِمٌ، فَلَوْ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، وَنَصِيبُ شَرِيكِهِ مَرْهُونٌ، سَرَى عَلَى الْأَصَحِّ؛ لَأَن حَقَّ الْمُرْتَهِنِ لَيْسَ بِأَقْوَى مِنْ حَقِّ الْمَالِكِ، وَتَنْتَقِلُ الْوَثِيقَةُ إِلَى الْقِيَمَةِ.

وَلَوْ كَاتَبَا عَبْدًا، ثُمَّ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا، فَالْصَّحِيحُ أَوْ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَسْرِي، وَهَلْ يَقَوِّمُ فِي الْحَالِ، أَمْ بَعْدَ الْعَجْزِ عَنْ أَدَاءِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ؟ فِيهِ خِلَافٌ نَذَكُرُ تَفَارِيعَهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي «الْكِتَابَةِ».

وَلَوْ كَانَ نَصِيبُ شَرِيكِهِ مُدَبَّرًا، قَوِّمَ أَيْضًا عَلَى الْأَظْهَرِ؛ لَأَن الْمُدَبَّرَ كَالْقَيْنِ فِي الْبَيْعِ. فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَسْرِي، فَرَجَعَ عَنِ التَّدْبِيرِ، قَالَ [١٣١٤ / ب] الْأَكْثَرُونَ: لَا يَسْرِي، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَهُوَ مَعْسِرٌ، ثُمَّ أَيْسَرَ. وَقِيلَ: يَسْرِي؛ لِزَوَالِ الْمَانِعِ، فَعَلَى هَذَا: هَلْ يَحْكُمُ بِالسَّرَايَةِ عِنْدَ ارْتِفَاعِ التَّدْبِيرِ، أَمْ يَتَبَيَّنُ اسْتِنَادُهَا إِلَى وَقْتِ الْإِعْتِقَاقِ؟ وَجِهَانٌ.

وَلَوْ كَانَ نَصِيبُ الشَّرِيكِ مُسْتَوْلَدًا؛ بَأَن اسْتَوْلَدَهَا وَهُوَ مَعْسِرٌ، لَمْ يَسِرْ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لَأَن السَّرَايَةَ تَتَضَمَّنُ النُّقْلَ، وَأُمُّ الْوَلَدِ لَا تَقْبَلُ ^(١) النُّقْلَ، وَقِيلَ: يَسْرِي؛ لَأَن السَّرَايَةَ كَالْإِتْلَافِ، وَإِتْلَافُ أُمِّ الْوَلَدِ يَوْجِبُ الْقِيَمَةَ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «لَا يَقْبَلُ».

ولو استولدها أحدهما وهو معسر، ثم استولدها الثاني، ثم أعتقها أحدهما، ففي السَّراية الوجهان.

الشرط الرابع: أَنْ يوجَّهَ الإعتاق إلى ما يملكه، ليعتق نصيبه، ثم يسري، وذلك بأن يقول: أعتقت نصيبي من هذا العبد، أو النصف الذي أملكه، فلو قال: أعتقت نصيب شريكي، أو نصيب شريكي من هذا العبد حرٌّ، فهو لغوٌ.

ولو أطلق فقال لعبد يملك نصفه: أعتقت نصفك، فهل يحمل على النصف الذي يملكه، أم على النصف شائعاً؟ وجهان. وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً.

قال الإمام^(١): ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق، أو إعتاق.

ولو باع نصف عبد يملك نصفه، فإن قال: بعث النصف الذي أملكه من هذا العبد، أو نصيبي منه، وهما يعلمانيه، صحَّ. وإن أطلق، وقال: بعث نصفه، فهل يحمل على ما يملكه، أم على النصف شائعاً؟ وجهان.

فعلى الثاني: يبطل في نصيب الشريك. وفي صحته في نصف نصيبه قولاً تفرق الصَّفقة.

ولو أقر بنصف^(٢) المشترك، ففيه هذان الوجهان.

وقال أبو حنيفة: يُحمل في البيع على ما يملكه؛ لأنَّ الظاهر أنه لا يبيع ما لا يملكه. وفي الإقرار على الإشاعة؛ لأنه^(٣) إخبارٌ، واستحسن الإمام^(٤) والغزالي هذا، وصحَّ البغوي الإشاعة فيهما.

قلت: الراجح قول أبي حنيفة. والله أعلم.

فرع: قال كل واحد منهما: إن دخلت دار زيد فأنت حرٌّ، أو فنصيبي منك حرٌّ، فدخلها، عتق على كل واحد نصيبه، ولا يقوم؛ لأنَّ العتق حصل دفعةً.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٠٥).

(٢) في المطبوع: « بنصفه ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « أنه ».

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٠٦).

وكذا لو قال أحدهما: **إِنْ كَلَّمْتُ زَيْدًا، فَنَصِيْبِي مِنْكَ حُرٌّ**، وقال الآخر: **إِنْ شَتَّمْتَهُ، فَنَصِيْبِي مِنْكَ حُرٌّ**، فَشَتَّمَهُ.

وكذا لو وكَّلا رجلاً في عتقه، فأعتق كله دَفْعَةً، ولا أثر لوقوع التعليقين أو التوكيلين في وقتين، وإنما العبرة بوقت الوقوع، ولهذا لو قال غير المدخول بها: **إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ طَلَقَةً**، ثم قال بعده: **إِنْ دَخَلْتُهَا فَأَنْتَ طَالِقٌ طَلَقَتَيْنِ**، فدَخَلْتُ، طَلَقْتُ ثلاثاً، كقوله: **أَنْتَ طَالِقٌ ثلاثاً**.

ولو قال أحدهما^(١): **أَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ**، ونَجَزَ الآخرَ عتقه بعد تعليق الأولِ بيوم مثلاً، فله أحوال.

إحداها^(٢): **أَنْ يَمُوتَ المَعْلُقُ لدون شهر من التعليق**، فيعتقُ العبدُ كله على المنجزِ، **إِنْ كَانَ مَوْسِرًا؛** لأنه لا يمكن والحالة هذه أن يعتق بالتعليق؛ لئلاَّ يتقدَّم العتقُ على التعليق، وكذا الحكم لو مات بعد مضيِّ شهرٍ مِنْ أَوَّلِ شُرُوعِهِ فِي لَفْظِ التَّعْلِيْقِ بلا زيادة، وما لم يَمُضِ شهرٌ مِنْ تمام التعليق، لا يمكن أن يعتق [١٣١٥ / ١] بالتعليق.

الثانية: **أَنْ يَمُوتَ لأكثر من شهرٍ بأيام**، فيعتقُ جميعُهُ على الثاني أيضاً؛ لأنَّ العتقَ بالتعليق إنما يتقدَّم على الموت بشهرٍ وإِعتاق المنجزِ متقدَّم على الشهر المتقدَّم على الموت، فيؤخذُ قيمة نصيب المَعْلُقِ من المنجزِ لورثة المَعْلُقِ. هذا إن قلنا: **السَّرَايَةُ** تحصلُ بنفس الإعتاق، أو قلنا بالتيين، وإن قلنا: **تحصلُ بدفع القيمة**، فإذا سبقَ وقت العتقِ بالتعليق، كان في نُفُوذِ العتقِ عن المَعْلُقِ خلاف، كما سنذكره في تفريع أقوال السَّرَايَةِ، **إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى**.

الثالثة: **إِذَا مَاتَ عَلَى رَأْسِ شَهْرٍ مِنْ تمام صِيغَةِ التَّعْلِيْقِ، عَتَقَ جميعُ العبدِ على المَعْلُقِ**.

الرابعة: **إِذَا مَاتَ عَلَى تمام شهرين من تمام كلام المنجزِ، عَتَقَ على كُلِّ واحد نصيبُهُ، ولا تَقْوِيمٌ؛ لوقوع العتقين معاً**.

(١) في (ظ): «لأحدهما».

(٢) في المطبوع: «أحدهما».

فَزَعُ: متى تثبت السَّراية إذا حَكَمْنَا بها ؟ ثلاثة أقوال .

أظهرها: بنفسِ إعتاقِ الشريك .

والثاني: بأداء قيمة نصيب الشريك .

والثالث: موقوفٌ، فإن رأى القيمة، تبيّنًا حصولَ العتقِ باللفظ، وإن ذات، تبيّنًا

أنه لم يعتق . ويتفرّع على الأقوال مسائل .

إحداها: إذا أُولدَ أُمّةٌ له نصفُها، فإن كان مَوسِرًا، سَرَى الاستيلاء، وهل يسري

بنفسِ العُلوق أم بأداء القيمة، أم يتبيّنُ بأدائها^(١) السَّراية^(٢) بنفسِ العُلوق ؟ فيه

الأقوال كالعتق .

وعلى الأقوال: يلزم^(٣) المستولد نصفُ المهرِ لشريكه مع نصفِ قيمةِ الأُمّة . ثم

إن قلنا: يحصلُ الملكُ بأداء القيمة، وجبَ مع ذلك نصفُ قيمةِ الولدِ . وإن قلنا:

يحصلُ بالعُلوق، أو قلنا بالتبيين، فهل يثبتُ بعدَ العتقِ أو قبله ؟ وجهان .

إن قلنا: بعده، وجبَ أيضاً نصفُ قيمةِ الولدِ، وإن قلنا: قبله، فلا، وبه أجاب

البغوي .

ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة، فإن أثبتنا السَّرايةَ بنفسِ العُلوقِ، فعلى الثاني

كمالُ المهرِ للأولِ، وللثاني على الأول نصفه، فيقعُ المهرُ قصاصاً .

وإن قلنا: يحصلُ بأداء القيمة، لزِمَ نصفُ المهرِ، وله على الأول نصفه،

فيتقاصان .

وإن كان الذي أُولدَ مُعسِراً، ثبتَ الاستيلاء في نصفه، ونصفُ الآخرِ يبقى قنّاً .

وهل يكون الولدُ كُلُّهُ حُرّاً، أم تبعضُ حريته ؟ وجهان، أو قولان، سبقا في

« الغنائم » .

الثانية: عبدٌ بين ثلاثة، لواحدٍ نصفه، وللآخر ثلثه، وللآخر سدسه، فأعتق

أحدهم نصيبه وهو مَوسِر، يسري العتقُ إلى نصيبِ الشريكين، وإن كان مَوسِراً ببعضِ

(١) في المطبوع: « كأدائها » .

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٢٧): « حصولُ السراية » .

(٣) في المطبوع: « تلزم » .

قيمة الباقي وقلنا بالصحيح، قُومَ عليه بنسبة المقدور عليه من نصيبِ كُلِّ واحدٍ منهما، فإذا كان موسراً بثُلث الباقي، قُومَ عليه ثلث نصيبِ كُلِّ واحدٍ منهما.

ولو أعتقَ اثنانٍ منهم نصيبَهُما معاً، أو عَلَقَا بشرطٍ واحدٍ، أو وَكَلَا مَنْ أعتَقَ عنهما دَفْعَةً، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا فقط موسراً، قُومَ عليه نصيبُ الثالثِ. وإن كانا موسرين، قُومَ نصيبُ الثالثِ عليهما، وكيف يَقُومُ؟ فيه طريقتان.

أحدهما: على قولين.

أحدهما: القيمةُ عليهما بالسوية.

والثاني: على قَدَرِ الْمَلَكَيْنِ، كنظيره من الشُّفْعَةِ.

والطريق الثاني: القطعُ بأنها على عددِ الرؤوس؛ لأن [١٣١٥ / ب] الأُخَذَ بالشُّفْعَةِ من مرافقِ الملك، كالثمرة، وهنا سبيلُهُ سبيلُ ضَمَانِ المتلف، فيستوي القليلُ والكثيرُ، كما لو مات مِنْ جِرَاحَاتِهما المختلفة، وهذا الطريقُ هو المذهب باتفاقِ فرقِ الأصحاب، إِلَّا الإمام^(١)، فرَجَّحَ طريقَ القولين.

الثالثة: إِنْ قلنا: تَحْصُلُ السَّرَايَةُ بِاللَّفْظِ، أو قلنا بالتبيين، اعتبرت قيمة يوم الإعتاق، وإِنْ قلنا بالأداء، فهل يعتبرُ يوم الإعتاق، أم الأداء، أم أكثرُ القيم من يوم الإعتاق إلى الأداء؟ فيه أوجه.

الصحيح عند الجمهور: الأول. ورجَّح الإمام^(٢)، والغزاليُّ الثاني.

فإن اختلفا في قيمة العبدِ، فَإِنْ كَانَ حاضراً والعهدُ قريباً، راجعنا المقومين، وإن مات العبدُ، أو غاب، أو تقادمَ العهدُ، فَأَيُّهُمَا يَصَدَّقُ بيمينه؟ قولان.

أظهرهما: المعتق؛ لأنه غارم كالغاصب.

ولو اختلفا في صِفَةِ^(٣) للعبدِ تزيدُ في قيمته، واتفقا^(٤) على قيمته لو لم تكن

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٢٢).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٢١).

(٣) في المطبوع: «صَنَعَةٌ»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٣٠).

(٤) في المطبوع: «واتفقا».

تلك الصفة^(١)، فإن كان العبد حاضراً وهو يحسن الصنعة، ولم يمض بعد الإعتاق زمنٌ يمكن تعلّمه فيه، صدّق الشريك، وإن مضى زمنٌ يمكن التعلّم فيه، أو مات العبد، أو غاب، فالمذهب أن المصدق المعتق.

وقيل: فيه القولان، ولا يقبل قولُ العبد: إني أحسنها، أو لا أحسنها؛ بل يجزّب.

ولو اختلفا في عيب ينقص القيمة، نُظِرَ:

إن ادّعى المعتق عيباً في أصل الخلقة؛ بأن قال: كان أكمّة، أو أخرس، وقال الشريك: بل بصيراً ناطقاً، وقد غاب العبد، أو مات، صدّق المعتق بيمينه على المذهب. وقيل: في المصدق قولان.

قال البغوي: الطريقان فيما إذا ادّعى النقص في الأعضاء الظاهرة، أمّا إذا ادّعه في الباطنة، فقولان كالصورة الآتية؛ لتمكّن الشريك من البينة على سلامة الظاهرة^(٢).

وإن ادّعى حدوث عيب بعد السلامة؛ بأن زعم ذهاب بصره، أو سرقته، فلاظهر أن المصدق الشريك، لأن الأصل عدمه، وخصّ بعضهم القولين فيما يشاهد ويطلع عليه، وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك؛ لعسر إثباته ببينة.

الرابعة: لو مات المعتق قبل أداء القيمة، أخذت من تركته. ولو أعسر بعد الإعتاق، ومات مُعسراً، فإن أثبتنا الإعتاق بنفس اللفظ، فالقيمة في ذمته. وإن قلنا بالقولين الآخرين، لم يعتق حصّة الشريك.

ولو مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا: السراية تحصل باللفظ، مات حراً موروثاً، وأخذت من المعتق قيمة حصّة الشريك، وإن قلنا بالتبيين، لزمته القيمة، فإذا أداها تبين العتق، وإن قلنا: تحصل بالأداء، سقطت القيمة على الأصح؛ لأن الميت لا يعتق.

والثاني: تجب؛ لأنه مال استحق في الحياة، فلا يسقط بالموت.

(١) في المطبوع: «الصنعة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٣٠).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٧٠ - ٣٧١).

قال الإمام: وعلى هذا: يجبُ على المعتقِ قيمةُ نصيبِ شريكِهِ، ثم يَتَبَيَّنُ^(١) أن العتقَ حصلَ قبل موته.

وفي « التهذيب »؛ تفرعاً على تأخر السَّراية: أنه يموتُ نصفه رقيقاً، ثم ذكر الوجهين في مطالبة الشريك له بقيمة نصيبه، وهذا ضعيفٌ.

الخامسة: لو أعتقَ الشريكُ نصيبه قبلَ أخذ القيمة، لم ينفذَ إن قلنا بالسَّراية في الحال، وإن قلنا بأداء [١٣١٦ / أ] القيمة، فكذلك على الأصحَّ عند الجمهور؛ لثلاثِ يفوتُ حقاً ثَبَتَ للأول، ونفذه ابنُ خيران، والإصطخريُّ، وابنُ أبي هُريرة، فعلى هذا: في نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان.

الصحيح: المنعُ، فإن نفذنا البيع، فهل للأول أن ينقضَ البيع، ويبذلَ القيمة كالشفيع؟ فيه احتمال للإمام.

السادسة: للشريك مطالبةُ المعتقِ بالقيمة على الأقوالِ كُلِّها، أمّا على غير التأخير، فظاهر، وأمّا على التأخير، فلأنه محجورٌ عليه في التصرف فيه، والحيلولة من أسباب الضمان.

قال الإمام: ويلزمُ على تنفيذِ البيع ونحوه أن لا يملكَ مطالبتَه، وهو ضعيفٌ.

وإذا دفعَ المعتقُ القيمةَ، أجبرَ الشريك على قبولها إن وقفنا العتقَ على أدائها، وإذا لم يدفعْ، ولم يطالبهُ الشريكُ، فللعبدِ طلبُ الدفع من هذا، والقبض من ذاك؛ فإن امتنع، طالبهما الحاكم؛ لأن العتقَ حقٌّ لله تعالى.

ولو كان الشريك غائباً، دفعَ القيمة إلى وكيله، فإن لم يكنْ، جعله القاضي عند أمين، وله أن يُقرَّها في يد المعتقِ إن كان ثقةً.

السابعة: إذا تعذرتِ القيمةُ بإفلاسٍ، أو هَرَبٍ، فقال الشيخ أبو عليٍّ، والصَّيدلانيُّ، والرُّويانيُّ: يبقى نصيبُ الشريكِ رقيقاً، ويرتفعُ الحَجْرُ عنه؛ إذ لا وَجْهٌ لتعطيلِ ملكه عليه بلا بدَلٍ، وفيه احتمال للإمام: أنه يثبتُ العتق، وجعله الغزالي وجهاً، فقال: الصحيح أن إعسارَ المعتقِ يدفعُ الحَجْرَ، ولو عاد اليسارُ، قال الشيخ

أبو عليٍّ: لا يعودُ التقويمُ؛ لأنَّ حَقَّ العتقِ ارتفعَ بتخلُّلِ الإعسارِ، وفيه احتمال للإمام.

الثامنة: إذا قلنا: لا سِرَايَةَ قَبْلَ أداءِ القيمةِ، فوطئها الشريكُ قبلَ الأداءِ، وجبَ نصفُ المهر لنصفِها الحُرُّ.

قال الإمامُ: وليصور في وطءٍ محرَّم^(١)، أو في مُكرهَةٍ، وفي النصفِ الآخر وجهان.

أصْحُهُما: لا يجب؛ لأنه مِلْكُهُ.

والثاني: يجبُ، ويصرفُ إلى المَعْتَقِ؛ لأنه مستحقُّ الانقلابِ إليه.

قال الإمامُ: ويجوزُ أَنْ يكونَ للجاريةِ.

وإنَّ قلنا: تَحْصُلُ السَّرَايَةُ بنفسِ الإعتاقِ، وجبَ لها جميعُ المهرِ، ولا حَدٌّ للاختلافِ في مِلْكِهِ.

التاسعة: قال لشريكه: إذا أعتقت نصيبك، فنصيبِي حُرٌّ، أو فجميعُ العبدِ حُرٌّ، أو فنصيبِي حُرٌّ بعدَ عِتْقِ نصيبك، فإذا أعتقَ المَقُولُ له نصيبه، نُظِرَ:

إِنْ كانَ معسِراً، عَتَقَ على كلِّ واحدٍ نصيبُهُ، وإنَّ كانَ موسِراً، عَتَقَ عليه نصيبه.

ثمَّ إنَّ قلنا: السَّرَايَةُ تَحْصُلُ بنفسِ الإعتاقِ، سَرَى عليه، ولزِمَهُ قيمَةُ نصيبِ شريكه؛ لأنَّ السرايةَ قَهْرِيَّةٌ تَابِعَةٌ لِعِتْقِ نصيبه، لا مَدْفَعٌ لها، وموجبُ التعليقِ قَابِلٌ للدفعِ بالبيعِ ونحوه.

وإنَّ قلنا بالتبَيُّنِ، فَكَذَلِكَ الحَكْمُ إذا أَدَّتِ القيمةَ.

وإنَّ قلنا بالأداءِ، فنصيبُ المَعْلُوقِ عَمَّنْ يَعْتَقُ فيه وجهان.

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبِي حُرٌّ معَ عِتْقِ نصيبك، أو في حالِ عِتْقِ نصيبك، وقلنا: السَّرَايَةُ بنفسِ الإعتاقِ، فوجهان.

أحدهما: يعتقُ نصيبُ كُلِّ واحدٍ عنه، ولا شيءَ على المَعْتَقِ، وبهذا قال ابنُ

(١) في (أ): «محترم».

القاصّ، وصاحبُ « التّريب »، واختاره القاضي أبو الطيّب، وحكاه الرّؤياني عن عامة الأصحاب.

والثاني، وبه قال القفال، واختاره الشيخ أبو عليّ: يعتق [١٣١٦ / ب] جميعه عن المقول له، ولا أثر لقوله: « مع نصيبك »؛ لأنّ المعلق لا يقارن المعلق عليه؛ بل يتأخّر عنه بلا شك.

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصبي حرٌّ قبل عتق نصيبك، فأعتق المقول له نصيبه، نُظِرَ:

إن كانا معسرين أو المعلق معسراً، عتق نصيب المنجز، وعتق على المعلق نصيبه قبل ذلك لموجب التعليق، ولا سرّاية، وإن كان المعلق موسراً، وقلنا: السّراية تحضّل بنفس الإعتاق، فوجهان: من صحّح الدور اللفظي، كابن الحدّاد يقول: لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه؛ لأنّه لو نفذ، لعتق نصيب القائل قبله، ولو عتق لسرى، ولو سرى لبطل عتقه، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه. وعلى هذا: لو قال السيد لعبده: مهما أعتقتك فأنت حرٌّ قبله، لم يتمكّن من إعتاقه، كما سبق نظيره في الطلاق.

ولو صدر هذا التعليق من الجانبين، امتنع الإعتاق عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: متى بعث نصيبك، فنصبي حرٌّ قبله، لم ينفذ البيع.

والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هنا؛ لتضمّنه الحَجَرَ على العين.

ومن لا يصحّح الدّور، وهو الأصحّ، يقول: يعتق نصيب كلّ واحد منهما عنه، ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال: مع نصيبك.

وإن قلنا: يحضّل العتق بأداء القيمة، فإنّ نقدنا عتق الشريك قبل أداء القيمة، عتق نصيب المنجز عليه، ونصيب المعلق على المعلق. وإن لم نفذه، قال الإمام: تدور المسألة أيضاً، وعلى هذه الصور جميعاً: لو أعتق المعلق نصيبه، عتق، وثبت السّراية إذا وجد شرطها.

العاشرَةُ: إذا قال لشريكه^(١) الموسر: أعتقت نصيبك، فعليك قيمة نصيبي، فأنكر، فإن كان للمدعي بيّنة، قُضي بها، ومَتى يعتق حصّة المدعي؟ فيه الأقوال.

وإن لم يكن بيّنة، صدّق المنكرُ بيمينه، فإن حلف، رَقَّ نصيبه، وإن نكّل، حلف المدعي اليمينَ المردودة، واستحقّ القيمة، والصحيح أنه لا يحكمُ بعتق نصيب المدعي عليه؛ لأنّ الدعوى إنما توجّهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده، وإنما هذا وظيفة العبد، لكن لو شهد آخرُ مع هذا المدعي، ثبت العتقُ بشهادة الحسبة.

قال الإمام: وأبعد بعض مَنْ لا خبرة له، فحكم بالعتق تبعاً لدعوى القيمة، وهل يحكمُ بعتق نصيب المدعي إذا حلف المدعي عليه، أو نكّل وحلف المدعي؟ إن قلنا بتعجيل السّراية، فنعم؛ لاعترافه بسّراية إعتاق المدعي عليه^(٢) إلى نصيبه، وإن قلنا بالتأخر^(٣)، لم يعتق. وإذا عتق نصيبه، لم يسر إلى نصيب المنكر، وإن كان المدعي موسراً؛ لأنه لم يُشئ العتق، فأشبه ما لو ادّعى أحدُ الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي، وأعتقته، وأنكر المدعي عليه، يعتق نصيب المدعي، ولا يسري.

وإن قلنا: لا يعتق إلا بعد أداء القيمة، لم يعتق نصيب المدعي.

ولو صدّق المدعي عليه الشريك، فلا إشكال، وإن كان المدعي عليه معسراً، وأنكر، وحلف، لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى [١٣١٧ / ١] المدعي نصيبه بعد ذلك، عتق ما اشتراه؛ لاعترافه بحرّيته، ولا يسري إلى الباقي.

ولو ادّعى كلّ واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه؛ أنك أعتقت نصيبك، وطالب بالقيمة، وأنكر، صدّق كلّ واحدٍ بيمينه فيما أنكره، فإذا حلفا، فلا يطالب بالقيمة، ويحكمُ بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجيل السّراية، والولاء موقوف؛ لأنه لا يدّعيه أحد.

وإن قلنا بتأخر السّراية، أو بالتبين، فالعبد رقيق.

(١) في المطبوع: « الشريك ».

(٢) في المطبوع: « إليه ».

(٣) في (ظ): « بالتأخير ».

وإن كانا معسرين، وقال كُلُّ واحدٍ للآخر: أعتقت نصيبك، لم يَعْتِقْ منه شيء، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعث ما اشتراه، ولا يسري؛ لأنه لم ينشئ إعتاقاً.

وذكر البغوي أنه لو باع أحدهما لعمرو، والآخر لزيد، صحَّ، ولا عتق.

ولو باعاً لزيد، حكم بعث نصفه؛ لأنه متيقن، وهذا ليس بصحيح، ولا يقين في واحد من النصفين؛ لجواز كونهما كاذبين.

وإن كان أحدهما موسراً، والآخر مُعْسِراً، عتق نصيب المعسر على قول تعجيل السراية، وولأوه موقوف، ولا يَعْتِقُ نصيب الموسر، فإن اشتراه المعسر، عتق كله.

ولو طار طائر، فقال أحدهما: إن كان غراباً فنصيب من هذا العبد حُرٌّ، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً، فنصيب حُرٌّ، ولم يبين الحال، فإن كانا معسرين، فلا عتق، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعث أحد النصفين.

ولو باعاه لثالث، حكم بعث أحد النصفين [أيضاً]، ولا رجوع على واحد منهما؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ يزعم أنَّ نصيبه مملوك، هذا هو الأصحُّ، وبه قال الفقهاء، وقطع به الغزالي، وحكى الشيخ أبو عليٍّ وجهاً: أنه إن اشتراه عالماً بالتعليقين، فلا رجوع له، وإن لم يعلم، ثم علم، فله الردُّ، كما لو اشترى عبداً، فبان أنَّ نصفه حُرٌّ، فعلى هذا: يرد العبد؛ لأن نصفه حُرٌّ، والنصف الآخر معيب بسبب التشقيص.

قال الشيخ أبو عليٍّ: ولو اختلف النصيبان، لم يَعْتِقْ إلا أقلهما.

ولو تبادلا النصيبين، فإن لم يحثَّ واحدٌ منهما صاحبه؛ بل اعترفا بالإشكال، لم يحكم على واحد منهما بعث شيء، والحكم بعد المبادلة كالحكم قبلها. وإن حثَّ كُلُّ واحدٍ الآخر، حكم بعث الجميع؛ لاعتراف كل واحد بعث ما صار إليه، ويكون الولاء موقوفاً.

وإن حثَّ أحدهما صاحبه، ولم يُحَنِّثْهُ الآخر، حكم بعث ما صار للمحثِّ، وولأوه موقوف، ولا يحكم بعث نصيب الآخر.

وإن كانا موسرين، فإن قلنا بتعجيل السراية، عتق العبد؛ لأننا نتحقق حثَّ أحدهما، وإن لم نتمكن من التعيين، فيعتق نصيبه، ويسري إلى الثاني، والولاء

موقوف، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر، ويحلفه على البت؛ أنه لم يحنث.

وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة، لم يحكم بعتق شيء منه، والحكم كما في المعسرين.

قال الشيخ أبو علي: فإن ادعى كل واحد على صاحبه أنه عتق نصيبه، وأراد طلب القيمة، حلفه، كما ذكرنا على قول تعجيل السراية.

وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فإن قلنا بتعجيل السراية، عتق نصيب المعسر بكل حال، ولا يعتق نصيب الموسر؛ للشك فيه. وإن أخرناها إلى أداء القيمة، لم يحكم بعتق شيء في الحال، وللمعسر [١٣١٧ / ب] أن يدعي التقويم على الموسر، ويحلفه.

فرع: قال أحدهما: اعتقناه معاً، وأنكر الآخر، فإن كانا موسرين، أو كان القائل موسراً، فقد أطلق ابن الحَدَّاد أنه يحلف المنكر، وتابعه جماعة.

قال الشيخ: إنما يحلف عندي إذا قال للمقر: أنت اعتقت نصيبك، وأنا لم أعتق، وأراد طلب القيمة فيحلفه، أنه لم يعتق معه؛ ليأخذ القيمة؛ لأن المقر أقر بما يوجب القيمة، وادعى ما يسقطها، وهو الموافقة^(١) في الاعتاق، فيدفع يمينه المسقط.

فأما إذا قال: لم تعتق نصيبك، ولا أنا اعتقته، فلا مطالبة بالقيمة، ولا يمين. وهل يحكم بإعتاق جميع العبد بإقرار الموسر؟ إن أثبتنا السراية بنفس الاعتاق، فنعم، وإن أخرناها، لم يعتق نصيب المنكر.

وإذا حلف المنكر في التصوير الأول أخذ القيمة من المقر، وحكم بعتق جميع العبد، وولاء نصيب المنكر موقوف.

فلو مات العتيق، ولا وارث له سوى المقر، أخذ نصف ماله بالولاء. وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمة للمنكر؟ وجهان.

أحدهما: نعم؛ لأنه إن صدق، فالمنكر ظالم له، وهذا ماله بالولاء، وإن

كذب، فهو مُقَرَّرٌ بِإِعْتاقِ جميعه، فجميعُ المال له بالولاء، والثاني ؛ لاختلافِ الجهة .

قلت^(١): الأولُ أصحُّ . والله أعلم .

وإن رجع المنكر عن إنكاره، وصدق المقر، ردّ ما أخذ منه .

وإن رجع المقر، واعترف بأنه أعتقه كلّهُ، قيل، وكان جميعُ الولاء له، كما لو نفى نسباً يلحقه، ثم استلحقه .

فَرَوْعٌ: عبدٌ بين ثلاثة، شهد اثنانٍ منهم أَنَّ الثالثَ أعتقَ نصيبه، فإن كان الثالثُ مُعسراً، قُبِلَتْ شهادتهما، وحكمَ بعقِ نصيبِ الثالثِ، ورَقَّ الباقي . وإن كان موسراً، فالأصحُّ، وبه قال ابنُ الحَدَّادِ: أَنَّ شهادتهما باطلة؛ لأنهما مُتَّهَمَانِ بِإِثْبَاتِ القيمة، فلا يَعتَقُ نصيبُهُ، ولا يلزمُهُ لهما قيمة، ويعتقُ نصيبهما؛ لاعترافهما بالسَّراية [إليه] .

وقيل: تقبلُ شهادتهما في عتقِ نصيبه دون القيمة، وهو ضعيف، والحكم بعقِ نصيبهما مَفْرَعٌ على تعجيل السَّراية؛ فإن أَخْرَناها، لم يَعتَقْ شيءٌ من العبدِ، لكن لا ينفذُ تصرُّفهما؛ لاعترافهما بأنَّهُ مستحقُّ العتقِ على الثالثِ، هكذا حكاه الشيخ أبو عليٍّ عن بعض الأصحاب، وصحَّحه، ويجوزُ أَنْ يقال: قد سبقَ أَنْ تعذَرَ حصولُ القيمةِ بإعسارٍ وغيرِهِ يرفعُ الحَجَرَ عن الشريك، والتعذُّرُ هنا حاصل .

الحادية عَشْرَةَ: إذا قلنا: السَّراية تحضُّلُ بنفسِ الإعتاق، فله حكمُ الأحرارِ في الإرثِ، والشهادة، والحدِّ، والجناية، وإن لم يؤدِّ القيمة، وإن أَخْرَناها إلى أداءِ القيمة، فله حكمُ الأرقاءِ فيها حتَّى يؤدِّي، وإن توفَّقنا^(٢)، توفَّقنا في هذه الأحكام .

الثانية عَشْرَةَ: لو أعتقَ شِرْكَاءُ^(٣) له في حُبْلَى، وهو موسر، ولم يقوِّم عليه حتَّى ولدت، عتقَ معها ولدها؛ تفريراً على السَّراية في الحال، فأما إذا أَخْرَناها إلى الأداء فنصَّ أنه ينبغي أَنْ لا يَعتَقَ الولدُ معها؛ لأنه إنما يَعتَقُ بعقها إذا كان حَمَلاً، فأما بعد الولادة فلا .

(١) كلمة: « قلت » ساقطة من المطبوع .

(٢) كلمة: « توفَّقنا » ساقطة من (ظ)، والمطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤٠) .

(٣) في المطبوع: « شركاء »، خطأ . (الشُّرك) : النصيب . قال في المصباح: « ومنه قولهم: ولو أعتق شِرْكَالَه في عبدٍ » .

قال القاضي أبو حامد: معناه أَنَّ نَصِيبَ الذي لم يَعْتِقْ من الولد مملوكٌ، فأَمَّا نَصِيبُ المَعْتَقِ فيجبُ أَنْ يَعْتَقَ.

وقال ابنُ الصَّبَّاحِ: عندي أَنَّهُ أرادَ أَنَّ نَصِيبَ الذي لم يَعْتِقْ من الولد، لا يَعْتَقُ بدفعٍ [١٣١٨ / أ] نصفِ قيمةِ الأمِّ وعِتْقُها، وإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ من الولد نَصِيبَ المَعْتَقِ وهو موسرٌ، فوجبَ أَنْ يَسْرِيَ.

قلتُ: هذا الذي قاله ابنُ الصَّبَّاحِ ضعيفٌ. واللهُ أعلمُ.

الثَّالِثَةُ عَشْرَةَ: وَكَلَّ شَرِيكَهُ فِي عِتْقِ نَصِيبِهِ، فَقَالَ الْوَكِيلُ لِلْعَبْدِ: نَصْفُكَ حُرٌّ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ نَصِيبِي، قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكَهِ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ نَصِيبَ شَرِيكِي، قُوِّمَ عَلَى الشَّرِيكِ نَصِيبُ الْوَكِيلِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَعَلَى أَيُّهُمَا يَحْمِلُ؟ وَجِهَانِ حَكَاهُمَا فِي «الشَّامِلِ» ^(١).

قلتُ: لَعَلَّ الْأَصَحَّ حَمْلُهُ عَلَى نَصِيبِ الْوَكِيلِ. واللهُ أعلمُ.

الرَّابِعَةُ عَشْرَةَ: مَرِيضٌ لَهُ نِصْفَا عَبْدَيْنِ، قِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمَا، فَقَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيبِي مِنْ سَالِمٍ وَمِنْ ^(٢) غَانِمٍ، وَقَلْنَا: السَّرَايَةُ تَتَعَجَّلُ، عَتَقَ ثُلُثَا نَصِيبِهِ مِنْ سَالِمٍ ^(٣)، وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ، وَلَا يَعْتَقُ مِنَ الْآخِرِ شَيْءٌ.

وَلَوْ قَالَ: نَصِيبِي مِنْ هَذَيْنِ حُرٌّ، عَتَقَ ثُلُثَا نَصِيبِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا، فَيَقْرَعُ، وَيَعْتَقُ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، عَتَقَ ثُلُثَا نَصِيبِهِ، وَإِنْ [كَانَ] ^(٤) نِصْفَاهُمَا ثُلُثُ مَالِهِ فَقَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيبِي مِنْ سَالِمٍ وَمِنْ غَانِمٍ، عَتَقَ سَالِمٌ بِالْمَبَاشَرَةِ وَالسَّرَايَةُ، وَلَمْ يَعْتَقُ مِنْ غَانِمٍ شَيْءٌ.

وَلَوْ قَالَ: نَصِيبِي مِنْهُمَا حُرٌّ، عَتَقَ النِّصْفَانِ، وَلَا سَرَايَةَ.

الخَامِسَةُ عَشْرَةَ: أَمَةٌ حَامِلٌ مِنْ زَوْجٍ، اشْتَرَاهَا زَوْجُهَا وَابْنُهَا الْحُرُّ

(١) الشَّامِلُ: لِابْنِ الصَّبَّاحِ، عَبْدُ السَّيِّدِ بْنِ مُحَمَّدٍ. سَلَفَتْ تَرْجُمَتُهُ.

(٢) كَلِمَةُ «مِنْ» لَيْسَتْ فِي الْمَطْبُوعِ.

(٣) فِي هَامِشِ (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ زِيَادَةٌ: «فَقَالَ الْوَكِيلُ لِلْعَبْدِ: نَصْفُكَ حُرٌّ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ نَصِيبِي مِنْ سَالِمٍ وَمِنْ غَانِمٍ، وَقَلْنَا: السَّرَايَةُ تَتَعَجَّلُ، عَتَقَ ثُلُثَا نَصِيبِهِ مِنْ سَالِمٍ»، وَهِيَ إِقْحَامُ نَاسِخٍ، وَانْظُرْ: (فَتْحُ الْعَرِيزِ: ١٣ / ٣٤١).

(٤) كَلِمَةُ: «كَانَ» لَمْ تَرُدِّ فِي (ظ)، وَلَا فِي الْمَطْبُوعِ.

معها^(١)، وهما موسيران، فالحكم كما ذكرنا لو أوصى مالُكُها بهما لهما، وقبل الوصية معاً، وقد ذكرناه في « الوصايا »، ومختصره أَنَّ الأُمَّةَ تَعْتِقُ عَلَى الابنِ، وَالْحَمْلُ يَعْتِقُ عَلَيْهِمَا، وَلَا يَقُومُ.

السادسة عشر: شهد رجلان أَنَّ زيداً أعتق نصيبه من المشترك، وهو موسر، وحكم القاضي بشهادتهما، ثم رجعا، فشهادتهما تثبت عتق نصيبه، ويوجب عليه قيمة نصيب شريكه، فيغرمان قيمة نصيبه قطعاً؛ لأن شهود العتق يغرمون بالرجوع. وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها؟ قولان؛ لأن في تغريم شهود المال قولين سبقا.

هذا إذا صدق الشريك الشهود، وأخذ القيمة، وعتق جميع العبد، إمّا بنفس الإعتاق، وإمّا بدفع القيمة، فأما إذا كذبهم، وقال: لم يعتق زيد نصيبه، فإن عجلنا السراية، عتق الجميع، ولا يلزمه للشريك شيء، وإن أخرناها، قال الشيخ أبو علي: يُجْبَرُ عَلَى أَخْذِ الْقِيَمَةِ؛ لِيَكْمَلَ الْعَتَقُ، ثُمَّ يَلْزَمُهُ رَدُّهَا إِنْ أَصْرَ عَلَى تَكْذِيبِ الشُّهُودِ، كَمَا لَوْ جَاءَ الْمَكَاتِبُ بِالنَّجْمِ الْآخِرِ، فَقَالَ السَّيِّدُ: هَذَا حَرَامٌ غَضَبَتَهُ مِنْ فُلَانٍ، يَجْبَرُ عَلَى أَخْذِهِ، ثُمَّ يَرُدُّهُ عَلَى مَنْ أَقَرَّ لَهُ.

ولو شهد اثنان على شريك أنه أعتق نصيبه، وأخران على الشريك الآخر أنه أعتق نصيبه، وهما موسران، فإن أَرَحَّتِ الْبَيِّنَتَانِ، عَتَقَ كُلُّهُ عَلَى الْأَوَّلِ، إِنْ عَجَّلْنَا السَّرَايَةَ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَصِيبِ الْآخَرِ، وَإِنْ أَخَّرْنَا هَا إِلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ، فَعَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ فِي أَنَّ إِعْتَاقَ الثَّانِي قَبْلَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ، هَلْ يَنْفُذُ؟ إِنْ قُلْنَا: لَا، وَهُوَ الْأَصَحُّ، أَخَذْتَ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ مِنَ الْأَوَّلِ لِيَعْتَقَ، وَإِنْ لَمْ يُوَرِّخَا، عَتَقَ الْعَبْدُ كُلَّهُ، وَلَا تَقْوِيمَ.

فلو رَجَعَ الشَّاهِدَانِ عَلَى أَحَدِهِمَا، لَمْ يَغْرَمَا شَيْئاً؛ لِأَنَّا لَا نَدْرِي أَنَّ الْعَتَقَ فِي النِّصْفِ الَّذِي شَهِدَا بِهِ حَصَلَ بِشَهَادَتِهِمَا، أَمْ بِشَهَادَةِ الْآخَرِينَ بِالسَّرَايَةِ، فَلَا يُوْجِبُ شَيْئاً بِالشَّكِّ، وَإِنْ رَجَعُوا جَمِيعاً، فَقِيلَ: الْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُمْ يَغْرَمُونَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَارِيخٌ، فَالْحُكْمُ بَعْتِ الْعَبْدَ مَعْلَقٌ بِشَهَادَةِ الْأَرْبَعَةِ، وَيَقْدَرُ كَأَنَّ الْإِعْتَاقَيْنِ وَقَعَا مَعاً. وبالله التوفيق [١٣١٨ / ب].

الخصيصة الثانية: العتق بالقرابة، فمن ملك أباه، أو أمه، أو أحد أصوله من

الأجدادِ والجَدَّاتِ من جهة الأبِ، أو الأمِّ، أو مَلَكٍ من أولادِهِ، وأولادِ أولادِهِ وإنْ سفلُوا، عَتَقَ عليه، سواءَ مَلَكَهُ قَهْرًا بالإرثِ، أم اختياراً بالشراءِ والهبة، وغيرهما، ولا يَعتَقُ غير الأصولِ والفروعِ، كالإخوةِ، والأعمامِ، والأخوالِ، وسائر الأقاربِ. وليس لوليِّ الصبيِّ والمجنون أن يشتري [لهما] مَنْ يَعتَقُ عليهما، فإنْ فَعَلَ، فالشراءُ باطلٌ.

ولو وهبَ للصبيِّ قريبه، أو أوصي له به، نُظِرَ:

إنْ كان الصبيُّ معسراً، فلوليِّه قبولُهُ، ويلزمه القبولُ على الأصحِّ وظاهرِ النصِّ، فإذا قَبِلَ، عَتَقَ على الصبيِّ.
وإنْ كان موسراً، نُظِرَ:

إنْ كان القريبُ بحيثُ تجبُ نَفَقَتُهُ^(١) في الحال، لم يجز للوليِّ القبولُ.

وإنْ كان بحيثُ لا تجبُ^(٢)، فعلى ما ذكرنا في المعسرِ، وإذا لم يَقْبَلِ الوليُّ قَبْلَ الحاكمِ، فإنْ لم يَفْعَلْ، فللصبيِّ بعد بلوغه القبولُ، كذا ذكره الرُّوْيَانِيُّ، وليكن هذا في الوصيةِ.

ولو وهبَ له بعض القريبِ، أو أوصي له به، فإنْ كان الصبيُّ معسراً، قَبِلَ الوليُّ، وإنْ كان موسراً، زادَ النظرُ في غرامة السَّراية، وفيه قولان.

أظهرهما: لا يقبلُ؛ لأنه لو قَبِلَ، لَعَتَقَ على الصبيِّ، وسرى، ولزمه قيمة الشريك، وفيه ضررٌ.

والثاني: يقبلُ، وَيَعْتَقُ عليه، ولا يَسْري. وقيل: ليس له القبولُ قطعاً، وإنما القولانِ في صحة القبولِ.

فَرْعٌ: اشترى في مرض موتِهِ قريبه؛ فإمَّا أَنْ يشتريه بثمنِهِ، أو بِمُحَابَاةٍ، وعلى التقدير الأول: قد يكونُ عليه دينٌ، وقد لا، وقد سبقَ بيانُ كلِّ ذلك في « الوصية »، وذكرنا أنه إذا لم يكن دَيْنٌ ولا وصيةٌ، اعتبرَ عتقه من الثلثِ، فإنْ خَرَجَ كُلُّهُ من ثلثه، عَتَقَ، وإلَّا، عَتَقَ قَدْرَ الثلثِ.

(١) في المطبوع: « يجب تعففه ».

(٢) في المطبوع: « يجب ».

وإن ملكه يارث، عتق من رأس المال على الأصح حتى يعتق كله، وإن لم يكن مال آخر.

وقيل : من الثلث حتى لا يعتق إلا ثلثه، إذا لم يملك شيئاً آخر.

ولو ملكه بهبة، أو وصية، فإن قلنا: الإرث من الثلث، فهنا أولى، وإلا فوجهان، والمسألة مبسطة في « الوصايا ».

فزع: من قواعد « كتاب السير » أن الحربي إذا قهر حريباً، ملكه، قال الإمام: ولم يشترط الأصحاب قصد الإرقاق؛ بل اكتفوا بصورة القهر، وعندي لا بد من القصد؛ فإن القهر قد يكون للاستخدام، فلا يتميز قهر الإرقاق إلا بالقصد، فإذا قهر عبد سيده الحربي، عتق العبد، وصار السيد رقيقاً له.

ولو قهر الزوج زوجته، واسترقها، ملكها، وجاز له بيعها، وكذا لو قهرت زوجها.

ولو قهر حربي أباه أو ابنه، فهل له بيعه؟ وجهان.

أحدهما: لا، وبه قال ابن الحداد: لا يعتق عليه بالملك.

والثاني: نعم؛ لأن القهر دائم، وبهذا أفتى الشيخ أبو زيد^(١)، ويشبه أن يرجح الأول، ويتجه أن يقال: لا يملكه بالقهر؛ لاقتران سبب العتق بسبب الملك، ويخالف الشراء؛ فإننا صححناه؛ لكونه ذريعة إلى تخليصه من الرق.

فزع: قد سبق أنه لو اشترى بعض قريبه، عتق عليه، وسرى إلى الباقي، وفي معناه قبول الهبة والوصية.

ولو ورث نصفه [١٣١٩ / أ] لا يسري.

وشراء الوكيل، وقبوله الهبة والوصية كشرائه، وقبوله؛ لصدوره^(٢) عن اختياره، وكذا قبول نائبه شرعاً، حتى لو أوصي له ببعض ابنه، فمات، وقبل الوصية أخوه^(٣)، عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته.

(١) الشيخ أبو زيد: هو المروزي، محمد بن أحمد. سلفت ترجمته.

(٢) في (أ): « لضرورة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤٦).

(٣) في المطبوع: « وقبل الأخ الوصية ».

ولو أوصى له ببعض مَنْ يَعْتِقُ عَلَى وِارثِهِ؛ بَأَن أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ ابْنِ أَخِيهِ، فَمَاتَ، وَقَبْلَ الْأَخِ الْوَصِيَّةَ، عَتَقَ الشَّقْصُ^(١)، وَلَا سِرَايَةَ عَلَى الْأَصْح؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ حَصَلَ لِلْمَيْتِ أَوَّلًا، ثُمَّ انْتَقَلَ إِلَى الْأَخِ إِرْثًا.

وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي السَّرَايَةِ حَيْثُ يَمْلِكُ بِطَرِيقِ اخْتِيَارٍ، يَتَضَمَّنُ الْمَلِكُ، وَلَا يَقْصِدُ بِهِ التَّمَلُّكُ، كَمَا إِذَا بَاعَ ابْنُ أَخِيهِ بَثُوبًا، وَمَاتَ، وَوَارِثُهُ الْأَخُ، فَرَدَّ الثَّوبَ بَعِيبًا، وَاسْتَرَدَّ الشَّقْصَ، عَتَقَ عَلَيْهِ. وَفِي السَّرَايَةِ الْخِلَافُ.

ولو وَهَبَ لِعَبْدٍ بِعُضْ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ، فَقَبِلَ، وَقَلْنَا: يَصَحُّ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، عَتَقَ الْمَوْهُوبُ عَلَى السَّيِّدِ، وَسَرَى؛ لِأَن قَبُولَ الْعَبْدِ، كَقَبُولِهِ شَرْعًا.

قُلْتُ: هَذَا مُشْكَلٌ، وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَسْرِيَ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ قَهْرًا، كَالْإِرْثِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَرَعٌ: جَرَحَ عَبْدٌ أَبَاهُ، فَاشْتَرَاهُ الْأَبُ، ثُمَّ مَاتَ بِالْجِرَاحَةِ. إِنْ قَلْنَا: تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ، عَتَقَ مِنْ ثُلْثِهِ، وَإِلَّا لَمْ يَعْتَقُ. وَعَلَى هَذَا: قَالَ الْبَغَوِيُّ^(٢): يَنْبَغِي أَنْ تَجْعَلَ صَحَّةَ الشَّرَاءِ عَلَى وَجْهَيْنِ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ.

الْخَصِيصَةُ الثَّلَاثَةُ: امْتِنَاعُ الْعِتْقِ بِالْمَرَضِ، سَبَقَ فِي «كِتَابِ الْوَصَايَا» أَنَّ التَّبَرُّعَاتِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ تَحْسَبُ مِنَ الثَّلْثِ، وَأَنَّ الْعِتْقَ مِنَ التَّبَرُّعَاتِ، وَقَدْ يَنْدَفِعُ بِوُقُوعِهِ^(٣) فِي الْمَرَضِ، وَإِنَّمَا يَعْتَبَرُ الثَّلْثُ بَعْدَ حَطِّ قَدْرِ الدَّيْنِ، فَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَعْرِقًا، لَمْ يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُ، فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا^(٤) لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ، لَمْ يَعْتَقُ إِلَّا ثُلْثُهُ، وَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، مَاتَ، وَثُلْثُهُ حُرٌّ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَهَلْ يَمُوتُ كُلُّهُ رَقِيقًا، أَمْ كُلُّهُ حُرًّا، أَمْ ثُلْثُهُ حُرًّا وَبَاقِيَهُ رَقِيقًا؟ فِيهِ أَوْجُهُ. أَصَحُّهَا عِنْدَ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ زِيَادَةٌ: «عَلَى الْمَيْتِ، وَسَرَى إِلَى الْبَاقِي إِنْ وَفَى بِهِ الثَّلْثُ، وَيَنْزِلُ قَبُولُ وَارِثِهِ مَنْزِلَةَ قَبُولِهِ فِي حَيَاتِهِ. وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضٍ مِنْ يَعْتِقُ عَلَى وَارِثِهِ؛ بَأَن أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ ابْنِ أَخِيهِ، فَمَاتَ، وَقَبْلَ الْأَخِ الْوَصِيَّةَ، عَتَقَ الشَّقْصَ»، وَهِيَ إِقْحَامُ نَاسِخٍ، أَوْ غَيْرِهِ. وَانْظُرْ: (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٣٤٦).

(٢) انْظُرْ: (التَّهْذِيبُ: ٨ / ٣٩٥ - ٣٩٦).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «لَوْ قُوعَهُ».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «عَبْدٌ».

الصَّيْدَلَانِي: الأول، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي^(١)، فرضيه وحَمِدَه عليه؛ لأن ما يَعْتَقُ ينبغي أَنْ يحصلَ للورثة مِثْلَاهُ، ولم يحصلْ لهم هنا شيءٌ.

وتظهرُ فائدةُ الخلاف في شيئين.

أحدهما: لو وهبَ في المرض عبداً، لا يملكُ غيره، وأقبضه، ومات العبدُ قبل السيد، فإن قلنا في مسألة العتق: يموتُ رقيقاً، ماتَ هنا على ملك الواهب، ويلزمه مؤونةُ تجهيزه.

وإن قلنا: يموت حُرّاً، ماتَ هنا على ملكِ الموهوبِ له، فعليه تجهيزُهُ.

وإن قلنا بالثالث، ورُزِعَتِ المؤونةُ عليهما.

الثاني: إذا كان لهذا العبدِ ولدٌ من مُعتَقَةٍ^(٢)، كان ولاءُ الولدِ لموالي^(٣) أمِّه، فإن قلنا: يموتُ حُرّاً، انجَرََّ الولاءُ إلى معتقِ الأب، وإن قلنا: يَعْتَقُ ثُلُثُهُ، انجَرََّ ولاءُ ثُلُثِهِ.

ولو أعتقَ في مرضه عبداً، وله مالٌ سواه، وماتَ العتيقُ قبل موتِ السيد، قال الإمام: قال جماهير الأصحاب: لا يجبُ من الثلث، ويجعل كأنه لم يكن؛ لأن الوصيةَ إنما تتحققُ بالموت، فإذا لم تبقَ إلى الموت، لم يدخل في الحساب. قال: ويجيءُ على قولنا: حكمُهُ بعد الموتِ كحكمِهِ لو عاش، أن يحسبَ من الثلث.

ولو وهبَ [١٣١٩ / ب] عبداً، وأقبضه، وله مالٌ آخرُ، فتلَفَ في يد المتهبِ قبل موتِ الواهبِ، فهو كما لو أعتقَهُ، كما أنَّ هَبَتَهُ ولا مالَ له سواه، كإعتاقه ولا مالَ له سواه.

ولو أتلَفَه المتهبُ، فهو كما لو كان باقياً، حتَّى إذا كان له مالٌ آخرُ، يحسبُ الموهوبُ مِنَ الثلث، وإذا لم يخرجْ من الثلث، يَغْرَمُ الموهوبُ للورثة ما زادَ على

(١) هو محمد بن محمود المروزي المعروف بالمحمودي. سلفت ترجمته.

(٢) في المطبوع: « معتقه ».

(٣) في (ظ): « لمولى »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٤٨).

الثُلث، بخلاف ما إذا تلف؛ لأنَّ الهبة ليست مُضمنةً، والإتلاف مُضمنٌ على كلِّ حال، وللإمام احتمالٌ في إلحاق التلف بالإتلاف، وعكسه.

فَرْعٌ: أعتق ثلاثة أعيد لا يملك غيرهم، قيمتهم سواء، فمات أحدهم قبل موت السيد، فالذي نص عليه الشافعي، رحمه الله، وأطبق عليه فرق الأصحاب: أنَّ الميت يدخل في القرعة. قال الإمام: وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد أن يجعل الفائت كالمعدوم، ويجعل كأنه أعتق عبدَيْن، لا مال له سواهما، وجعل [الغزالي] هذا الاحتمال وجهاً، والتفريع على الأول، فإن خرجت القرعة على الميت، بأنَّه مات حُرّاً موروثاً عنه، ورقَّ الآخَران.

وإن خرج عليه سهم الرق، لم يحسب على الورثة؛ لأنهم يريدون المال، ويحتسب به عن المعتق^(١)؛ لأنه يريد الثواب، وتعاد القرعة بين العبدَيْن، كما لو لم يكن إلَّا عبدان، فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ورقَّ ثلثه مع العبد الآخر.

ولو خرج سهم العتق أولاً على أحد الحَيَيْن، فكذلك يعتق ثلثاه.

ولو مات أحدهم بعد موت السيد وقبل امتداد يد الوارث إلى التركة، فالحكم كما لو مات قبل موت السيد، ولفظ الصَّيدلاني يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده؛ لثبوت الحكم المذكور.

وإن مات بعد امتداد يد الوارث إلى التركة، وقبل الإقراع، فوجهان.

أصْحُهُما: يحسب الميت على الوارث، حتَّى لو خرجت القرعة لأحد الحَيَيْن، عتق كُلُّهُ؛ لأنَّ الميت دخل في يده وضمَّانه.

والثاني: أنه كما لو مات قبل ثبوت يده على التركة؛ لأنه لم يتسلَّط على التصرف.

ولو مات اثنان منهم قبل موت السيد، قال ابن أبي هُرَيْرَةَ: يقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين، صحَّ عتق نصفه، وجعل للورثة مثله، وهو العبد الحي.

وإن خرج سهم الرق عليه، أقرعنا بين الميت الآخر والحَيِّ، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر، أعتقنا نصفه.

وإن خرج سهم الرق عليه، لم يحسب على الورثة، وأعتقنا ثلث الحَيِّ.

ولو قُتل أحد العبيد قبل موت السيد، أو بعده، دخل القتل في القرعة قطعاً؛ لأن قيمته تقوم مقامه، فإن خرج سهم العتق لأحد الحَيِّين، عتق كُله، وللورثة الآخر، وقيمة القتل^(١).

وإن خرج للقتل، بأن أنه قتل حُرّاً، وعلى قاتله الدية لورثته.

وأما القصاص فعن بعض الأصحاب: أنه لا يجب إن كان قاتله حُرّاً، بخلاف ما إذا قال لعبد: إن جرحك أحد، فأنت حرّ قبله، فجرحه حُرّاً، ومات بالجراحة، وجب القصاص؛ لأن الحرية متعيّنة فيه، وهنا التعيين بالقرعة. قال البغوي^(٢): يحتمل أن يكون في المسألتين وجهان؛ لأنه قتل من [١٣٢٠ / ١] اعتقد رقه كما لو قتل من عرفه رقيقاً، فبان عتيقاً، ففي القصاص قولان.

الخصيصة الرابعة: القرعة، وفيها طرفان.

أحدهما: في محلّها، وهو أن يعتق في مرض موته عبيداً دفعةً، ويقصر عنهم ثلث ماله، ولا يُجيز الورثة عتقهم، فيقرع بينهم؛ لتجتمع الحرية في بعضهم، فيعتق بكماله^(٣)، أو يقرب من العتق. وفي الضابط قيود.

أحدها: وقوع الإعتاق في مرض الموت، فإذا انتفى عتقوا كلّهم.

الثاني: أن يعتقهم دفعةً؛ بأن يوكل بإعتاق كلّ واحد وكيلاً، فيعتقوا معاً، أو يقول: هؤلاء أحرار، أو يقول لهم: أعتقكم، أو أنتم أحرار، فإن أعتقهم مُرتباً^(٤)، قدم الأول فالأول، إلى تمام الثلث، كقوله: سالم حرّ، وغانم حرّ، وفائق

(١) في (ظ)، والمطبوع: « ولورثة الآخر قيمة القتل »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز:

١٣ / ٣٥١)، وانظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٧).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٧).

(٣) كلمة: « بكماله » ساقطة من المطبوع.

(٤) في المطبوع: « أولاً » بدل: « مُرتباً ».

حُرٌّ، فلو قال: سالمٌ وغانمٌ وفائقٌ أحرار، فهو محلُّ القرعة.

ولو قال: سالمٌ وغانمٌ وفائقٌ حُرٌّ، فعن القاضي أبي حامد: أنه يراجع، فإن قال: أردتُ حريةَ كُلِّ واحدٍ منهم، فهو كقوله: أنتم أحرارٌ، وإن قال: أردتُ حريةَ الأخير، قُبِلَ، ولا قرعة، وإن قال: أردتُ^(١) حريةَ غيره، لم يقبل.

الثالث: أن يقصرَ عنهم ثلثُ ماله، ولم تُجزِ الورثة، فإن وفي الثلثَ بهم، أو أجازَ الورثة، عتقوا جميعاً.

ولو أوصى بإعتاقِ عبيدٍ، ولم يَفِ الثلثَ بهم، ولم يُجزِ الورثة، أقرعَ أيضاً، وسواء أوصى بإعتاقهم دَفْعَةً، أو قال: أعتقوا فلاناً، ثم قال: أعتقوا فلاناً؛ لأن وقت الاستحقاق واحد، وهو الموت، بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز إلا أن يقيد، فيقول: أعتقوا فلاناً، ثم فلاناً.

ولو علّق العتق بالموت، فقال: إذا مِتُّ فأنتم أحرارٌ، أو أعتقْتُكم بعد موتي، أو رتبَ فقال: إذا مِتُّ، ففلانٌ حُرٌّ، أقرعَ أيضاً. وفي الوصية والتعليق وجه: أنه لا قرعة؛ بل يعتق من كُلِّ واحدٍ ثلثه، والصحيح: الأول.

ولو قال: أعتقتُ ثلثَ كُلِّ واحدٍ منكم، أو أثلاثُ هؤلاءِ أحرارٌ، فوجهان.

أحدهما: لا يقرع؛ بل يعتق من كل واحد ثلثه؛ لتصريحه بالتبعض.

وأصحُّهما: يقرع، وقد سبق في «الوصايا» أنه لو قال: أعتقتُ ثلثكم، أو ثلثكم حُرٌّ، فهو كقوله: أعتقْتُكم، أم كقوله: أثلاثُ هؤلاءِ أحرارٌ، فيه طريقان.

وأنه لو أضافَ إلى الموت فقال: ثلثُ كُلِّ واحدٍ حُرٌّ بعد موتي، أو أثلاثُ هؤلاءِ أحرارٌ بعد موتي، عتقَ من كل واحد ثلثه، ولا قرعة على الصحيح.

فَرَعٌ: يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت؛ لأنه وقت الاستحقاق، وفيما يبقى للورثة أقل قيمة من يوم الموت إلى أن يقبضوا التركة؛ لأنه إن كانت قيمة يوم الموت^(٢) أقل،

(١) كلمة: «أردتُ» ساقطة من المطبوع.

(٢) قوله: «لأنه وقت الاستحقاق...» إن كانت قيمة يوم الموت «ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت من (أ، س)، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٥٣).

فالزيادة حصلت في ملكهم، وإن كانت يوم القبض أقل، فما نقص قبل ذلك، لم يدخل في يدهم، فلا يحسب عليهم، كالذي يغصب، أو يضيع من التركة قبل قبضهم.

وإذا نجز^(١) إعتاق عبد، وأوصى بإعتاق آخر، قوّمنا المنجز حال إعتاقه، والآخر حال الموت، وبقية التركة بأقل القيمتين، فإن خرجا^(٢) من الثلث، عتقا، وإن خرج أحدهما، أعتقنا المنجز، فإن بقي شيء من الثلث، أعتقنا بقدره من الموصى بإعتاقه، وإن نقص الثلث، أعتقنا من المنجز بقدره.

ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً؛ بأن قال: أحد هؤلاء حرٌّ، أو أوصى بإعتاق واحد منهم؛ بأن قال: اعتقوا أحدهم، ففي «جمع الجوامع» [١٣٢٠ / ب] للرويانى: أنه يكتب رُقعة للمعتق، وأخرى للوصية بإعتاق، ورقتان للتركة، فمن خرج له العتق، فكأنه أعتقه بعينه، ومن خرج له الوصية، فكأنه أوصى بإعتاقه. ثم يكون الحكم كما سبق.

وفي «الشامل»: أنه يميز الثلث بالقرعة أولاً، ثم يميز بين المنجز والآخر.

فَرَعُ: كُلُّ عبد من المنجز إعتاقهم عَتَقَ بالقرعة يحكم بعته من يوم الإعتاق، لا من يوم القرعة، ويسلم له ما كسبه من وقت الإعتاق ولا يحسب من الثلث، سواء كسبه في حياة المعتق، أم بعد موته، وكلُّ من بقي رقيقاً منهم فأكسأه قبل موت المعتق، تحسب على الوارث في الثلثين، وأكسأه بعد موته وقبل القرعة لا تحسب عليه؛ لحصولها على ملكه.

فلو أعتق في مرضه ثلاثة أعبد، لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مئة، وكسب أحدهم مئة، وأقرعنا؛ فإن خرجت القرعة للكاسب، عتق وفاز بكسبه، ورق الآخراين، وإن خرج لأحد الآخرين، عتق، ثم تعاد بين الكاسب والآخر، فإن خرجت للآخر، عتق ثلثه، وبقي ثلثاه مع الكاسب، وكسبه للورثة، وإن خرجت للكاسب، وقع الدور؛ لأنه يعتق بعضه، ويتوزع الكسب على ما عتق وعلى ما رقى، ولا يحسب عليه حصّة ما عتق، وتزيد التركة بحصّة ما رقى، وإذا زادت التركة، زاد

(١) في المطبوع: «أنجز».

(٢) في المطبوع: «بقي شيء» بدل: «خرجا».

ما عَتَقَ، وتزِيدُ حِصَّتَهُ، وإذا زادت حِصَّتُهُ، نَقَصَتْ حِصَّةُ التَّرَكَةِ. وطريق استخراجِه
بَيَّنَّاهُ فِي « الْمَسَائِلِ الدَّوْرِيَّةِ » مِنْ « الْوَصَايَا »، وَالْحَكْمُ أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْهُ رُبْعُهُ، وَيَتْبَعُهُ رُبْعُ
كَسْبِهِ، يَبْقَى ^(١) لِلْوَرَثَةِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ كَسْبِهِ مَعَ الْعَبْدِ الْآخَرِ، وَجَمَلْتُهَا
ضِعْفَ مَا عَتَقَ.

وَلَوْ كَسَبَ أَحَدُهُمْ مِثَّتَيْنِ، وَخَرَجَتِ الْقَرْعَةُ الثَّانِيَّةُ لَغَيْرِ الْكَاسِبِ، عَتَقَ ثَلَاثًا،
وَبَقِيَ ثَلَاثُهُ، وَالْكَاسِبُ وَكَسْبُهُ لِلْوَرَثَةِ.

وَإِنْ خَرَجَتْ لِلْكَاسِبِ، فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَتَبَعَهُ مِنَ الْكَسْبِ شَيْئَانِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ
مِثْلًا قِيَمَتِهِ، تَبْقَى لِلْوَرَثَةِ أَرْبَعَةُ أَعْبُدٍ إِلَّا ثَلَاثَةَ أَشْيَاءَ تَعْدَلُ ضِعْفَ مَا عَتَقَ، وَهُوَ
[عَبْدَانِ وَشَيْئَانِ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ أَرْبَعَةُ أَعْبُدٍ، تَعْدَلُ عَبْدَيْنِ وَخَمْسَةَ أَشْيَاءَ، تُسْقِطُ عَبْدَيْنِ
بَعْدَيْنِ، يَبْقَى [عَبْدَانِ وَشَيْئَانِ فِي مَقَابِلَةِ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ، فَالشَّيْءُ خُمُسُ الْعَبْدَيْنِ، وَهُوَ
خُمُسًا عَبْدٍ، وَذَلِكَ أَرْبَعُونَ، فَقَدْ عَتَقَ مِثَّةً وَأَرْبَعُونَ، وَبَقِيَ لِلْوَرَثَةِ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِهِ
سِتُونَ، وَثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ مِثَّةً وَعِشْرُونَ وَالْعَبْدُ الْآخَرُ، وَجَمَلْتُهَا مِثَّتَانِ وَثَمَانُونَ،
وَقَدْ سَبَقَتْ نَظَائِرُ هَذَا فِي « الْوَصَايَا ».

هَذَا كُلُّهُ فِي الْأَكْسَابِ الْحَاصِلَةِ فِي حَيَاةِ الْمَعْتَقِ، وَلَوْ كَسَبَ أَحَدُهُمْ فِي الْمِثَالِ
الْمَذْكُورِ مِثَّةً بَعْدَ مَوْتِهِ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقَرْعَةُ لِلْكَاسِبِ عَتَقَ، وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ غَيْرِ
مَحْسُوبٍ، كَمَا لَوْ كَسَبَ فِي الْحَيَاةِ.

وَإِنْ خَرَجَتْ لَغَيْرِ [الْكَاسِبِ]، عَتَقَ، وَرَقَّ الْآخَرَانِ، وَلَا تَعَادُ الْقَرْعَةُ
لِلْكَسْبِ؛ بَلْ يَفُوزُ بِهِ الْوَارِثُ؛ لِحَصُولِهِ فِي مِلْكِهِ. وَكَسْبُ مَنْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ فِي حَيَاةِ
الْمَوْصِي لِلْمَوْصِي، تَزِيدُ بِهِ التَّرَكَةُ وَالثَّلْثُ، وَكَسْبُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا تَزِيدُ بِهِ التَّرَكَةُ
وَلَا الثَّلْثُ بَلَا خِلَافٍ. وَهَلْ هُوَ لِلْوَرَثَةِ، أَمْ لِلْعَبْدِ؟ طَرِيقَانِ، حَكَاهُمَا ابْنُ الصَّبَّاحِ.

أَحَدُهُمَا: قَوْلَانِ كَالْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّ كَسْبَ الْمَوْصِي بِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي وَقَبْلَ
الْقَبُولِ: لِلْوَرَثَةِ، أَوْ لِلْمَوْصِي لَهُ؟ وَالْمَذْهَبُ الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لِلْوَرَثَةِ.

وَالْفَرْقُ أَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْعَتَقَ بِمَوْتِ الْمَوْصِي اسْتِحْقَاقًا مُسْتَقَرًّا، وَالْوَصِيَّةُ غَيْرُ
مُسْتَقَرَّةٍ؛ بَلِ الْمَوْصِي لَهُ [١٣٢١ / أ] بِالْخِيَارِ بَيْنَ الرَّدِّ وَالْقَبُولِ، وَإِذَا زَادَتْ قِيَمَةُ مَنْ

نَجَزَ إِعْتَاقَهُ، كَانَتِ الزِّيَادَةُ كَالْكُسْبِ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قِرْعَةُ الْعِتْقِ، تَبَعَتْهُ الزِّيَادَةُ غَيْرَ مُحْسُوبَةٍ عَلَيْهِ.

وَكَذَا لَوْ كَانَ فَيَمِنْ أَعْتَقَهُمْ جَارِيَةً، فَوُلِدَتْ قَبْلَ مَوْتِ الْمَعْتَقِ، فَالْوَلَدُ كَالْكُسْبِ، فَإِذَا خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ لَهَا، تَبَعَهَا الْوَلَدُ غَيْرَ مُحْسُوبٍ مِنَ الثَّلَاثِ.

وَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِ مَنْ زَادَتْ قِيَمَتُهُ، أَوِ الْتِي وَلَدَتْ، وَقَعَ الدَّوْرُ^(١).

وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدَ، لَا مَالَ لَهُ غَيْرِهِمْ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِئَةٌ، فَلَبِغَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ مِئَتَيْنِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَسَبَ أَحَدُهُمْ مِئَةً.

وَلَوْ أَعْتَقَ أَمْتَيْنِ، قِيَمَةُ كُلِّ وَاحِدَةٍ^(٢) مِئَةٌ، فَوُلِدَتْ إِحْدَاهُمَا وَلَدًا قِيَمَتُهُ مِئَةٌ، فَهُوَ كَمَا لَوْ كَسَبَتْ مِئَةً^(٣)، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ لِلَّتِي لَمْ تَلِدْ، عَتَقَتْ، وَرَقَّتِ الْوَالِدَةُ وَوُلْدُهَا، وَهِيَ ضِعْفُ مَا عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِلْوَالِدَةِ، عَتَقَ مِنْهَا شَيْءٌ، وَتَبَعَهَا مِنَ الْوَلَدِ مِثْلُهُ، يَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثَلَاثُ مِئَةٍ إِلَّا شَيْئَيْنِ، يَعْدَلُ ضِعْفُ مَا أَعْتَقْنَا مُحْسُوبًا، وَهِيَ شَيْئَانِ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ يَعْدَلُ ثَلَاثُ مِئَةٍ أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ، فَالشَّيْءُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مِئَةٍ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ عَتَقَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا، وَتَبَعَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْوَلَدِ، يَبْقَى لِلْوَرِثَةِ رُبْعُهُمَا وَالْجَارِيَةُ الْآخَرَى، وَجَمَلَتَهُ مِئَةٌ وَخَمْسُونَ، ضِعْفُ مَا عَتَقَ مِنْهَا.

وَلَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ الْحَامِلِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ، أَوْ مَا فِي بَطْنِكَ، فَوُلِدَتْ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ، وَلَمْ يَتَّفَقْ تَعْيِينُ، فَيَقْرَعُ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِلْوَلَدِ، عَتَقَ دُونَ الْأُمِّ، وَإِنْ لَمْ يَفِ الثَّلَاثُ بِهِ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثَّلَاثِ، وَإِنْ خَرَجَتْ الْأُمُّ، عَتَقَتْ، وَتَبَعَهَا الْوَلَدُ إِنْ وَفَى بِهِمَا الثَّلَاثُ، وَإِلَّا، فَيَعْتَقُ مِنْهَا شَيْءٌ، وَتَبَعُهَا مِنَ الْوَلَدِ شَيْءٌ. وَطَرِيقُ اسْتِخْرَاجِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ فِي «الْوَصَايَا» فَيَمِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فَكُسِبَ، وَتَقْوِيمُ الْوَلَدِ بِمَا يَكُونُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ.

هَذَا كُلُّهُ إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ الْمَعْتَقِ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَهُ، نَظَرُ:

إِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرِ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ، فَالْوَلَدُ كَكُسْبٍ حَصَلَ بَعْدَ مَوْتِهِ؛

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «لِلدَّوْرِ».

(٢) فِي (ظ): «وَاحِدٍ».

(٣) فِي (ظ): «فَهُوَ كَمَا لَوْ كَسَبَ مِئَةً»، وَفِي الْمَطْبُوعِ: «فَهُوَ كَمَا لَوْ كَسَبَ أَحَدُهُمْ مِئَةً».

إِنْ خَرَجْتَ الْقِرْعَةَ لِلْأَمِّ، عَتَقْتَ، وَتَبِعَهَا، وَإِنْ خَرَجْتَ لِغَيْرِ الْوَالِدَةِ، عَتَقْتَ، وَلَا تَعَادُ الْقِرْعَةُ لِلْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ حَدَثَ عَلَى مَلِكِ الْوَرِثَةِ.

وإِنْ وَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَهَلْ تَحْسَبُ عَلَى الْوَارِثِ حَتَّى تَعَادَ الْقِرْعَةُ؟ قَالَ الْبَغَوِيُّ^(١): يَبْنَى عَلَى أَنَّ الْحَمَلَ هَلْ يَعْرِفُ؟ إِنْ قُلْنَا: لَا، فَهُوَ كَالْحَادِثِ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَلَا تَعَادُ، وَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَكَالْحَادِثِ قَبْلَ الْمَوْتِ، فَتَعَادُ.

وَأُطْلِقَ الصَّيْدَ لِأَنِّي وَجَّهْتَنِي فِي أَنَّهَا: لَوْ وَلَدَتْ بَعْدَ الْمَوْتِ، هَلْ يَحْسَبُ الْوَلَدُ عَلَى الْوَرِثَةِ مِنَ الثَّلَاثِينَ؟

وَلَوْ نَقَصَتْ قِيمَةً مَنْ نَجَزَ عَتَقَ بَعْضُهُمْ قَبْلَ مَوْتِ الْمَعْتَقِ، فَإِنْ كَانَ النِّقْصُ فِيمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قِرْعَةُ الْعَتَقِ، حُسِبَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُحْكَمٌ بَعْتُهُ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَنْ رَقَّ، لَمْ يَحْسَبْ عَلَى الْوَرِثَةِ؛ إِذْ^(٢) لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ إِلَّا النِّاقِصُ.

فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُ، قِيمَتُهُ مِئَةٌ، وَرَجَعَ إِلَى خَمْسِينَ، فَقَدْ ذَكَرْنَا طَرِيقَ اسْتِخْرَاجِهِ فِي «الْوَصَايَا». وَحَاصِلُهُ أَنَّ يَعْتَقَ مِنْهُ الْخُمْسَ.

وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَغْبَدٍ، قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِئَةٌ، فَعَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمْ إِلَى خَمْسِينَ؛ فَإِنْ خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ لِلنِّاقِصِ، عَتَقَ وَاحِدَهُ؛ لِأَنَّهُ كَانَتْ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ مِئَةً، فَيَنْبَغِي أَنْ يَبْقَى لِلْوَرِثَةِ ضَعْفُهَا، وَإِنْ خَرَجَتْ لِأَحَدِ الْآخَرِينَ، عَتَقَ مِنْهُ [١٣٢١ / ب] خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ^(٣)، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ^(٤) وَثَمَانُونَ وَثَلَاثُ، يَبْقَى لِلْوَرِثَةِ سُدُسُهُ، وَالْعَبْدُ الْآخَرُ وَالنِّاقِصُ. وَجَمْلَةُ ذَلِكَ مِئَةٌ وَسِتَّةٌ وَسِتُونَ وَثَلَاثَانِ، ضَعْفُ مَا عَتَقَ؛ لِأَنَّ الْمَحْسُوبَ عَلَى الْوَرِثَةِ الْبَاقِي بَعْدَ النِّقْصِ، وَهُوَ مِثْلَانِ وَخَمْسُونَ.

وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِئَةٌ، وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمَا، فَعَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا إِلَى خَمْسِينَ، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ لِلْآخَرِ، عَتَقَ نِصْفَهُ، وَبَقِيَ لِلْوَرِثَةِ نِصْفُهُ مَعَ الْعَبْدِ النِّاقِصِ، وَهُمَا ضَعْفُ مَا عَتَقَ.

وَإِنْ خَرَجَتْ لِلنِّاقِصِ، وَقَعَ الدَّوْرُ؛ لِأَنَّا نَحْتَاجُ إِلَى إِعْتَاقِ بَعْضِهِ مَعْتَبَرًا بِيَوْمِ

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٥).

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «إِذَا».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَسْدَاس».

(٤) فِي (ظ): «وَهِيَ ثَلَاثُ مِئَةٍ».

الإعتاق، وإلى إبقاء ضِعْفِهِ للورثة معتبراً بيوم الموت، وحاصلُهُ أنه يَعْتَقُ ثلاثةَ أخماسه، يبقى خُمُسُهُ مع الآخر للورثة.

وإن حَدَثَ النقص بعد موت المعتق، وقبل الإقراع، فهل يُحَسَّبُ على الورثة؟ قال البغوي^(١): «إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة، لم يحسب عليه كما في حال الحياة، وإلا، فوجهان.

أصحُّهما: يُحَسَّبُ عليه.

الطرف الثاني: في كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ وَالتَّجْزِئَةِ^(٢) المترتبة عليها، وفيه فصلان.

الأول: في كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ، قد سبق في «باب القسمة» أن للقرعة طريقين.

أحدهما: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع، ثم يخرج على الرق والحرية.

والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق والحرية، ويخرج على أسماء العبيد، وذكرنا أن من الأصحاب من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول أم الثاني، وأن في كون ذلك الخلاف في الجواز أو الأولوية^(٣) خلافاً، وأن الجمهور قالوا في العتق: يسلك ما شاء من الطريقين، ولفظه في «المختصر» يدلُّ عليه، والطريق الأول أخصر^(٤).

واستحبَّ الشافعي رحمته الله على الطريقين أن تكون الرقاع صغاراً ليكون أخفى، وأن تكون متساويةً، وأن تدرج في بنادق، وتجعل في حجر من لم يحضر هناك، كما بيَّنَّا في «القسمة»، وأنه يغطى بثوب، ويدخل من يخرجها اليد من تحته. كل هذا؛ ليكون أبعد من التهمة، ولا تتعين الرقاع؛ بل تجوز القرعة بأقلام متساوية، وبالتنوي والبغر.

وذكر الصَّيدلاني أنه لا يجوز أن يقرع بأشياء مختلفة، كدواة وقلم وحِصاة، وقد يتوقَّف في هذا؛ لأن المخرج إذا لم يعلم ما لكل واحد منهم لا يظهر حيفه.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٣٨٦).

(٢) في المطبوع: «والتجربة»، تحريف.

(٣) في المطبوع: «والأولية».

(٤) في (أ): «أقصر»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٥٨).

ولا يجوزُ الإعراضُ عن أصلِ الرُقعة، والتمييز بطريق آخر؛ بأن يتفقوا على أنه إن طارَ غرابٌ، ففلانٌ حرٌّ، أو أنَّ مَنْ وضعَ عليه^(١) صبيُّ يده، فهو حرٌّ، أو أنَّ يراجعَ شخصٌ لا غرضَ له ونحو ذلك.

قال الإمام^(٢): فإن كنا نُعتِقُ عبداً، ونُرِقُّ آخرين، ورأينا إثباتَ الرقِّ والحرِّية، فقد قال الأصحاب: يثبتُ الرقُّ في رُقعتين، والحرِّية في رُقعة على نسبة المطلوب في القلَّة والكثرة؛ فإنَّ ما يكثرُ فهو أحرى بسبقِ اليدِ إليه. وفي كلامهم ما يدلُّ على استحقاقِ ذلك، ومنهم من عدَّ احتياطاً، وقال: يكفي رُقعة للرقِّ وأخرى للحرِّية.

ثم إذا أخرجنا رُقعةً باسم أحدهم، فخرجت للحرِّية، انفصل الأمر، وإن خرجت للرقِّ، احتجنا إلى إخراجها.

قال الإمام^(٣): إذا أثبتنا الرقَّ والحرِّية، فقال المُخرِجُ: أخرج [١٣٢٢ / ١] على اسم هذا، ونازعه الآخرون، وقالوا: أخرج على أسمائنا، أو أثبتنا الأسماء، وقال المخرجُ: أخرج على الحرِّية، وقالوا: أخرج على الرقِّ، أو تنازع الورثة والعبد، فقال الورثة: أخرج على الرقِّ، وقال العبدُ: على الحرِّية، فهذا لم يتعرَّض له الأصحاب، وفيه احتمالان، إن أثبت الرقَّ والحرِّية.

أحدهما: أنَّ^(٤) يقرع بين العبيد أولاً حتَّى يتعيَّن مَنْ يعرضُ على الرقِّ والحرِّية، فإذا تعيَّن واحدٌ، أخرجت رُقعة على اسمه.

والثاني: أنَّ تثبتَ الحرِّية على رُقعة، والرقُّ على رُقعتين، ويعطي المُخرِجُ كلَّ عبدٍ رُقعةً، وقد سبق في «القسمة» أن تعيَّن مَنْ يبدأ به من الشركاء والأجزاء^(٥) منوطٌ بنظر القسَّام، فيمكن أن يناط هنا بنظر مُتولِّي الإقراع من قاضٍ، أو وصيٍّ، فيبدأ بمن شاء، ولا يلتفتُ إلى مُضايقاتهم.

(١) في المطبوع: «على» بدل: «عليه».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٣١).

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٣١ - ٢٣٢).

(٤) في المطبوع: «أنه».

(٥) في المطبوع: «والأجزاء».

واعلم: أَنَّ إعطاء كُلِّ عبدٍ رُقعة، ليس مِنْ شرطِ الإقراع؛ بل يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم.

الفصلُ الثاني: في كَيْفِيَّةِ تجزئة العبيد، وهي تقع بِحَسَبِ الحاجة، فإنْ أعتقَ عَبْدَيْنِ لا مالَ له سواهما، أقرَعَ بإثبات اسميهما في رُقعتين، وإخراج أحدهما على الرقِّ أو الحرِّية، أو بإثبات الرقِّ والحرِّية في رُقعتين، والإخراج على اسمهما. ثم إنْ استوتَ قيمتُهما، فمن خرجَ له سهمُ الحرِّية، عَتَقَ ثُلُثاهُ، ورَقَّ باقيه مع الآخر، وإنْ اختلفتَ قيمتُهما كمئة ومِئتين، فإنْ خرجتِ الحرِّيةُ لصاحبِ المِئة، عَتَقَ، ورَقَّ الآخرُ، وإنْ خرجت للآخر، عَتَقَ نصفه، ورَقَّ باقيه مع الآخر.

وإنْ أعتقَ عبداً لا مالَ له سواهم، فإنْ كانوا ثلاثةً، واستوتَ قيمتُهم، فإنْ شاء كتبَ أسماءهم وقال للمخرج: أخرج رُقعةً على الحرِّية، فمن خرجَ اسمه، عَتَقَ، أو قال: أخرج في الرقِّ حتَّى يتعيَّن في الآخر الحرِّية. والإخراج على الحرِّية أَوْلَى؛ لأنَّه أقرب إلى فصل الأمر.

وإنْ شاء كتبَ على الرقاع الرقِّ في رُقعتين، والحرِّية في رُقعة، وقال: أخرج على اسمِ سالم، أو أشار إلى عَيْنه، وقال: على اسمِ هذا، فإنْ خرجَ سهمُ الحرِّية، عَتَقَ، ورَقَّ الآخران، وإنْ خرجَ سهمُ الرقِّ، رَقَّ، وأمرنا بإخراج رُقعة أخرى على اسمِ غانم، فإنْ خرجَ سهمُ الحرِّية، عَتَقَ، ورَقَّ الثالثُ، وإنْ خرجَ سهمُ الرقِّ فبالعكس.

وإنْ اختلفتَ قيمتُهم كمئة ومِئتين وثلاث مئة، فإمَّا أَنْ نكتبَ أسماءهم، فإنْ خرجَ اسمُ الأول، عَتَقَ، وأخرج رُقعة أخرى، فإنْ خرجَ اسمُ الثاني، عَتَقَ نصفه، وإنْ خرجَ اسمُ الثالث، عَتَقَ ثُلُثه، وإنْ خرجَ [أولاً] اسمُ الثاني، عَتَقَ ورَقَّ الآخران، وإنْ خرجَ اسمُ الثالث، عَتَقَ ثُلُثاه، ورَقَّ باقيه والآخران.

وإمَّا أَنْ نكتبَ الرقِّ في رُقعتين، والحرِّية في رُقعة، ونخرج على أسمائهم.

وإنْ كانوا أكثرَ من ثلاثةٍ، فإنْ أمكنَ تسويةَ الأجزاء عدداً وقيمةً، كستةٍ، أو تسعةٍ، أو اثني عشرٍ، قيمتُهم سواءَ جَزَّأناهم ثلاثةَ أجزاء، وصَنَعْنَا صَنِيعَنَا في الثلاثة المتساوين، وكذا الحكمُ في سِتَّةٍ، ثلاثةٍ منهم قيمةٌ كُلِّ واحدٍ منهم مِئة، وثلاثةٌ قيمةٌ كُلِّ واحدٍ خمسون، فيضمُّ إلى كُلِّ نفيسٍ خسيساً، ونجعلهم ثلاثةَ أجزاء.

وفي ستة، اثنان منهم، قيمة كل واحد منهما ثلاث مئة، واثنان قيمة كل واحد مئتان، واثنان قيمة كل واحد [١٣٢٢ / ب] مئة، فنجعل اللذين قيمتهما أربع مئة جزءاً، ويضم إلى كل نفيس خسيساً، فيستوي الأجزاء عدداً وقيمةً.

وإن لم يمكن التسوية بالعدد، وتيسرت بالقيمة، كخمسة، قيمة أحدهم مئة، وقيمة اثنين مئة، وقيمة اثنين مئة، جزأناهم كذلك، وأقرعنا.

وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة، كستة، قيمة أحدهم مئة، وقيمة اثنين مئة، وقيمة ثلاثة مئة، فوجهان.

الصحيح المنصوص: يجرؤون واحداً^(١) واثنين وثلاثة، ويقرّع بينهم كما ذكرنا.

والثاني: يجرؤون بالعدد، فيجعل اللذان قيمتهما مئة جزءاً، والذي قيمته مئة مع واحد من الثلاثة الباقيين جزءاً، والباقيان جزءاً^(٢)، ويقرّع بينهم، فيعتق قدر الثلث على ما سبق.

وإن لم يمكن التسوية بالعدد، ولا بالقيمة، كثمانية، قيمتهم سواء، فقولان.

أظهرهما: يجرؤون ثلاثة أجزاء، بحيث يقرب من التثليث، فيجعلون ثلاثة، وثلاثة، واثنين، ويقرّع، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة، رَقَّ غيرهم، وانحصر العتق فيهم، ثم يقرّع بينهم بسهمي عتق، وسهم رِقٍّ، فلمن خرج له الرق، رَقَّ ثلثه، وعَتَق ثلثه مع الآخرين. وإن خرج سهم العتق أولاً على الاثنين، عَتَقَا، وتعاد القرعة بين الستة، ويجعل كل اثنين جزءاً، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين، أعدنا القرعة بينهما، فمن خرج له سهم الحرية، عَتَق ثلثاه.

هذا إذا كتَبنا في الرقاق الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء، فإذا خرج سهم اثنين وعَتَقَا، لم تعد القرعة بين الستة؛ بل يخرج قرعة أخرى، ثم يقرّع بين الثلاثة المسمين فيها، فمن خرج له سهم العتق، عَتَق ثلثاه، ولا يجوز على هذا القول: أن نجرّتهم أربعة، واثنين، واثنين؛ لبُعْد هذه التجزئة على التثليث.

(١) في المطبوع: «بالعدد» بدل: «واحداً» 'نمّبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦١).

(٢) قوله: «والباقيان جزءاً» ساقط من المطبوع

والقول الثاني: لا يراعى التثليث؛ بل يراعى ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع، ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث، ويجوز أن يجعلوا أرباعاً.

ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رُقعة، فإذا خرجت واحدة على الحرية، عتقاً، ثم يخرج رُقعة أخرى، ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرج له القرعة، عتق ثلثاه^(١).

وإن شئنا أثبتنا الرق والحرية، فأثبتنا العتق في واحدة، والرق في ثلاث، فإذا خرجت رُقعة العتق لاثنين، عتقاً، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت لاثنين، أفرغنا بينهما كما سبق، ولا يعيد على هذا: أن يجوز إثبات العتق في رُفعتين، والرق في رُفعتين، ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رُقعة العتق أولاً، ويقرع بين اللذين خرج لهما رُقعة^(٢) العتق الثانية.

وإن كان العبيد سبعة، فعلى القول الأول: يجزئهم ثلاثة، واثنين، واثنين، وعلى الثاني: نجزي كيف شئنا إلى أن يتم الثلث.

وإن كانوا أربعة قيمتهم سواء، فعلى الأول: نجزئهم اثنين، وواحداً، وواحداً، فإن خرج سهم العتق لأحد الفردين، عتق، ثم يعيد القرعة بين الثلاثة، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثه، وإن خرج للاثنين، أفرغنا بينهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق كله، وثلث الآخر، وهذا على تقدير [١٣٢٣ / أ] إثبات الرق والحرية في الرقاع.

وعلى القول الثاني: يثبت اسم كل واحد في رُقعة، ويخرج باسم الحرية، فمن خرج اسمه أولاً، عتق، ومن خرج اسمه ثانياً، عتق ثلثه.

وإن كانوا خمسة قيمتهم سواء، فعلى الأول: يجزئهم اثنين، واثنين، وواحداً، وعلى الثاني: لنا إثبات أسماؤهم في خمس رقاع.

(١) في المطبوع: « ثلثه »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦٢).

(٢) في (ظ): « رقيي »، وفي المطبوع: « رقعتي »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦٢).

ثم القول في الإيجاب؛ أم في الاستحباب والاحتياط؟ فيه وجهان.

وبالأول قال القاضي حسين، واختاره الإمام.

وبالثاني قال الصَّيْدَلَانِي، وهو مُقتضى كلام الأكثرين.

ولو أعتق عبداً من عبيد على الإبهام. فقد يحتاج إلى تجزئتهم أربعة أجزاء، وخمسة، وأكثر، فيجزئون بحسب الحاجة، وكذا لو كان على المعتيق دين، كما سنذكره قريباً، إن شاء الله تعالى.

مسائل

الأولى: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم، ومات وعليه دين، نُظِرَ:

إن استغرقهم الدين، فهو مقدّم، فيباعون فيه، وإن لم يستغرقهم، أقرع بين الدين والتركة؛ ليصرف العتق عما يتعين للدين، فإن كان الدين قَدَر نصفهم، جعلنا حُرَيْن، وأقرعنا بينهما بسهم دين، وسهم تركة.

ثم إن شئنا كتبنا أسماء كل حُرٍّ في رُقعة، وأخرجنا رُقعة الدين أو التركة، وإن شئنا كتبنا الدين في رُقعة، والتركة في رُقعة، وأخرجنا إحداهما على أحد الجزأين^(١).

وإن كان قَدَرُ الدين ثلثهم، جزأناهم ثلاثة أجزاء، وأقرعنا بينهم بسهم دين، وسهمي تركة.

وإن كان قَدَرُ الربع، جزأناهم أربعة أجزاء، وأقرعنا بسهم دين، وثلاثة أسهم تركة.

وهل يجوز أن يقرع للدين والعتق والتركة؛ بأن يقرع - والحالة هذه - بسهم دين، وسهم عتق، وسهمي تركة، أو يجرئهم إذا كان الدين قَدَر نصفهم ستة أجزاء، ويقرع بثلاثة أسهم للدين، وسهم للعتق، وسهمين للتركة؟ فيه وجهان.

الأصح المنصوص: لا؛ لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين.

(١) في المطبوع: «الحرين»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٦٣).

ولو تلف المعين للدين قبل قضاؤه، انعكس الدين على الباقي من التركة، وكما لا يقسم شيء على الورثة قبل قضاء الدين، لا يعتق قبله.

والثاني: يجوز؛ لأن العمل فيه أخف، فلا ينقص به حق ذي حق، وعلى هذا: نقل الغزالي أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضى الدين.

وفي « التهذيب » ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال.

وإذا قلنا بالمنصوص، فتعين بعضهم للدين، يباع، ويقضى منه الدين، ثم يقرع للعتق وحق الورثة.

ولو قال الوارث: أفضي الدين من موضع آخر، وأنفذ العتق في الجميع، فهل ينفذ العتق؟ وجهان.

أحدهما: نعم؛ لأن المنع من النفوذ للدين^(١)، فإذا سقط بالقضاء، نفذ، كما لو أسقط الورثة حقهم من ثلثي التركة وأجازوا عتق الجميع.

والثاني: لا؛ لأن تعلق الدين بمنع النفوذ، فلا^(٢) ينقلب نافذاً بسقوطه، كما لو أعتق الراهن وقلنا: لا ينفذ، فقال: أنا أفضي الدين من موضع آخر لينفذ، فإنه لا ينفذ إلا أن يتدعى إعتاقاً، وبني الوجهان على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين، هل ينفذ؟

قلت: ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق. **والله أعلم** [١٣٢٣ / ب].

فزع: لو أعتق من لا دين عليه عبيداً لا مال له غيرهم، ومات، وأعتقنا بعضهم بالقرعة، وأزقنا بعضهم، فظهر للميت مال مدفون؛ فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث؛ بأن كان المال مثلي قيمتهم، حكم بعقبتهم جميعاً، فندفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم^(٣)، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما، لا يرجع بما أنفق.

وإن خرج من الثلث بعض من أزقناهم، أعتقناهم بالقرعة، مثل أن أعتقنا

(١) في المطبوع: « الدين ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « لا ».

(٣) في المطبوع: « عليه ».

واحداً من ثلاثة، ثم ظهر مالٌ يخرجُ به آخر، يقرعُ بين اللذين أَرْقَقْنَاهُمَا، فَمَنْ خرج له سهمُ الحرية، عَتَقَ.

ولو أَعْتَقْنَا بعضَ العبيد، ولم يكن عليه دينٌ ظاهر، ثم ظهر دينٌ، فإن كان مستغرقاً للتركة، فالتعقُّ باطل، فإن قال الورثة: نحنُ نقضي الدين من موضع آخر، فعلى الوجهين السابقين. واستبعد الشيخُ بناءهما على الخلاف في تصرف الورثة في التركة قبل الدين، وقال: [هناك] الوارثُ ينشئُ إعتاقاً من عنده، ولا يمضي ما فعل الميت، وإنما الخلافُ مبنيٌّ على أنَّ إجازة الوارث لما زاد على الثلث تنفيذاً، أم ابتداء عطية من الوارث؟ فإن قلنا: تنفيذٌ فله تنفيذُ إعتاقه بقضاء الدين من موضع آخر، وإلاَّ فينبغي أن يقضي الدين، ثم يبتدئ إعتاقاً.

وإن كان الدينُ الذي ظهرَ غيرَ مستغرقٍ، فهل يبطلُ القرعة من أصلها؟ وجهان، ويقال قولان.

أحدهما: نعم، كما لو اقتسم شريكان، ثم ظهر ثالثٌ، فعلى هذا: يقرعُ الآن للدين والتركة، ولا يبالي بوقوع سهم الدين على مَنْ وقعت له قرعة العتقِ أولاً.

وأظهرهما: لا، ولكن إن تبرَّع الوارث بأداء الدين، نفذَ العتق، وإلاَّ فيرد العتق بقدر الدين، فإن كان الدينُ نصفَ التركة، ردَّدناه في نصفٍ من أعتقنا، وإن كان ثلثها، ردَّدنا ثلثهم.

فإن كان^(١) العبيد ستة، قيمتهم سواء، وأعتقنا اثنين بالقرعة، فظهر دينٌ بقدر قيمة اثنين، بغنا من الأربعة اثنين للدين كيف اتفق، ويقرعُ بين المعتقين بالقرعة^(٢) أولاً بسهم رَقٍّ، وسهم عتقٍ، فَمَنْ خرج له سهمُ الرَقِّ، رَقَّ ثلثاه، وعتقَ ثلثه مع الآخر.

وإن ظهر الدينُ بقدر قيمة ثلاثة، أقرعَ بين اللذين كان خرج لهما الحرية، فَمَنْ خرج له الحرية، عَتَقَ، ورقَّ الآخرُ.

المسألة الثانية: إذا قال لعيده: أحذكم حُرّاً، أو اثنانِ حُرَّانِ، أو أعتقت أحذكم، فله حالان.

(١) في (أ)، والمطبوع: «كانت».

(٢) في المطبوع: «القرعة».

أحدهما: أَنْ يَنْوِيَ مَعِيْنًا فَيُؤْمَرُ بِبَيَانِهِ، وَيَحْبَسُ عَلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ هَذَا، عَتَقَ، وَلِغَيْرِهِ أَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِ أَنْكَ أَرَدْتَنِي، وَيَحْلِفُهُ، فَإِنْ^(١) نَكَلَ السَّيِّدُ، حَلَفَ هُوَ، وَعَتَقَ.

وَلَوْ عَيَّنَ وَاحِدًا، وَقَالَ: أَرَدْتُ هَذَا؛ بَلْ هَذَا، أَعْتَقَا جَمِيعًا؛ مَوْأخِذَةً لَهُ.

وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا مِنْهُمْ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بَيَانًا؛ بَلْ يَبْقَى الْأَمْرُ بِالْبَيَانِ. فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ الْمَقْتُولَ، لَزِمَهُ الْقَصَاصُ.

وَلَوْ جَرَى ذَلِكَ فِي إِمَاءٍ، أَوْ أَمْتَيْنِ، ثُمَّ وَطِئَ وَاحِدَةً، لَمْ يَكُنِ الْوُطْءُ بَيَانًا؛ بَلْ لَوْ بَيَّنَّ الْعَتَقَ فِيهَا، تَعَلَّقَ بِهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ، لَجَهَلُهَا بِأَنَّهَا مُعْتَقَةٌ. وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، قَامَ وَارِثُهُ [١٣٢٤ / أ] مَقَامَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُ خَلِيفَتُهُ، وَرَبَّمَا عَلِمَهُ^(٢).

وَقِيلَ: قَوْلَانِ، فَإِنْ أَقْمَنَاهُ، فَبَيَّنَّ أَحَدَهُمْ، عَتَقَ، وَلِغَيْرِهِ تَحْلِيفُهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ، أَوْ قَالَ الْوَارِثُ: لَا أَعْلَمُ، فَالصَّحِيحُ أَوْ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقْرَعُ بَيْنَهُمْ.

وَفِي وَجْهِ، أَوْ قَوْلٍ: لَا يَقْرَعُ؛ بَلْ يَوْقَفُ.

وَلَوْ قَالَ الْمَعْتِقُ: نَسِيتُ مَنْ أَعْتَقْتُهُ، أُمِرَ بِالتَّذَكُّرِ.

قَالَ الْأَصْحَابُ: وَيَحْبَسُ عَلَيْهِ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَفِيهِ اِحْتِمَالٌ.

وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّذَكُّرِ، فَفِي بَيَانِ الْوَارِثِ وَالْقِرْعَةِ الْخِلَافُ، وَهَكَذَا الْحَكْمُ لَوْ سَمَّى وَاحِدًا وَأَعْتَقَهُ، ثُمَّ قَالَ: نَسِيتُهُ.

الْحَالُ الثَّانِي: أَنْ لَا يَنْوِيَ مَعِيْنًا، فَيُؤْمَرُ بِالتَّعْيِينِ، وَيَوْقَفُ عَنْهُمْ، إِلَى أَنْ يَعْيَّنَ، وَيَلْزِمُهُ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِمْ، فَإِذَا عَيَّنَ أَحَدَهُمْ، عَتَقَ، وَلَيْسَ لِغَيْرِهِ أَنْ يَنْازِعَ فِيهِ إِنْ وَافَقَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَنْوِ مَعِيْنًا.

وَإِذَا قَالَ: نَوَيْتُ هَذَا؛ بَلْ هَذَا^(٣)، عَتَقَ الْأَوَّلُ، وَلَغَا قَوْلُهُ لِلثَّانِي؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَإِنْ ».

(٢) فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٣٦٦): « وَرَبَّمَا ذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ وَأَطْلَعَهُ عَلَيْهِ ».

(٣) قَوْلُهُ: « بَلْ هَذَا » سَاقِطٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

حَصَلَ فِي الْأَوَّلِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: نَوَيْتُ هَذَا؛ بَلْ هَذَا؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ.

ثُمَّ الْعَتَقُ فِي الْمُبْهَمِ هَلْ يَحْصُلُ عِنْدَ التَّعْيِينِ، أَمْ يَتَبَيَّنُ حَصُولُهُ مِنْ وَقْتِ اللَّفْظِ الْمُبْهَمِ؟ وَجِهَانِ سَبَقَ نَظِيرُهُمَا فِي الطَّلَاقِ، وَخُرُجِ عَلَى الْخِلَافِ: أَنَّهُ لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمْ فَعَيْتُهُ، فَهَلْ يَصُحُّ؟ إِنْ قُلْنَا: يَحْصُلُ الْعَتَقُ عِنْدَ التَّعْيِينِ، فَلَا؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يَقْبَلُ الْعَتَقَ، فَعَلَى هَذَا: لَوْ كَانَ الْإِبْهَامُ بَيْنَ عَبْدَيْنِ^(١)، فَإِذَا بَطَلَ التَّعْيِينُ فِي الْمَيِّتِ، تَعَيَّنَ الثَّانِي لِلْعَتَقِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى لَفْظٍ. وَإِنْ قُلْنَا بِالْإِبْهَامِ^(٢)، صَحَّ تَعْيِينُهُ.

وَلَوْ جَرَى ذَلِكَ فِي أَمْتَيْنِ، أَوْ إِمَاءٍ، فَهَلْ يَكُونُ الْوُطْءُ تَعْيِينًا لِغَيْرِ الْمَوْطُوءَةِ؟ وَجِهَانِ كَمَا فِي الطَّلَاقِ.

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: وَكَوْنُهُ تَعْيِينًا هُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ. وَإِذَا لَمْ نَجْعَلْهُ تَعْيِينًا، فَعَيَّنَ الْعَتَقُ فِي الْمَوْطُوءَةِ، فَلَا حَدَّ. وَبَنَى الْبَغَوِيُّ حَكَمَ الْمَهْرِ عَلَى أَنَّ الْعَتَقَ يَحْصُلُ عِنْدَ التَّعْيِينِ، أَمْ بِاللَّفْظِ الْمُبْهَمِ؟ إِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ: لَمْ يَجِبْ، وَإِلَّا، وَجَبَ.

وَالْوُطْءُ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ، وَالْقُبْلَةُ، وَاللَّمْسُ^(٣) بِشَهْوَةٍ مَرْتَبَةً عَلَى الْوُطْءِ إِنْ لَمْ يَكُنْ تَعْيِينًا، فَهَذَا أَوْلَى، وَإِلَّا فَوَجِهَانِ.

وَالِاسْتِخْدَامُ مَرْتَبَةٌ عَلَى اللَّمْسِ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَيْسَ بِتَعْيِينٍ.

قَالَ الْإِمَامُ: هَذَا^(٤) يُوَجِّبُ طَرْدَ الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْإِسْتِخْدَامَ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ، هَلْ يَكُونُ فَسْخًا، أَوْ إِجَازَةً؟

وَالْعَرْضُ عَلَى الْبَيْعِ كَالِاسْتِخْدَامِ.

وَلَوْ بَاعَ بَعْضَهُمْ، أَوْ وَهَبَهُ وَأَقْبَضَهُ، أَوْ أَجْرَهُ، قَالَ الْبَغَوِيُّ: فِيهِ الْوَجْهَانِ، كَالْوُطْءِ، وَالْإِعْتَاقُ لَيْسَ بِتَعْيِينٍ.

ثُمَّ إِنْ عَيَّنَ فِيمَنْ أَعْتَقَهُ، قَبْلَ، وَإِنْ عَيَّنَ فِي غَيْرِهِ، عَتَقًا. وَقَتْلُ السَّيِّدِ أَحَدَهُمْ لَيْسَ تَعْيِينًا.

(١) فِي (ظ): « الْعَبْدَيْنِ ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « الْإِبْهَامِ ».

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَاللَّمْسَةُ ».

(٤) فِي (ظ): « وَهَذَا ».

ثم إن عَيْنَ في غير المقتول، لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عَيْنَ في المقتول، لم يح القصاص؛ للشبهة.

وأما المال، فإن قلنا: العتق يحصل عند التعيين، لم يجب، وإن قلنا: عند الإبهام، لزمه الدية لورثته.

وإن قتل أجنبي أحدهم، فلا قصاص، إن كان القاتل حرّاً.

ثم إن عَيْنَ في غير المقتول، لزمه القيمة، وإن عَيْنَ فيه وقلنا: العتق يحصل عند التعيين، فكذلك، كما لو نذر إعتاق عبد بعينه، فقتل.

وإن قلنا عند الإبهام؛ لزمه الدية لورثة المقتول.

ولو مات [١٣٢٤ / ب] قبل التعيين، فهل للورثة التعيين؟ قولان، ويقال: وجهان، أظهرها: نعم.

المسألة الثالثة: قال لأميته: أول ولد تلدينه حرّاً، فولدت ميتاً، ثم حياً، لم يعتق الحي؛ لأن الصفة انحلت بولادة الميت، كما لو قال: أول عبد رأيته من عبيدي حرّاً، فرأى أحدهم ميتاً، انحلت اليمين، فإذا رأى بعده حياً لا يعتق، ووافق أبو حنيفة في هذا، وخالف في^(١) الأول.

قلت: إن كانت حاملاً حال التعليق، صحّ قطعاً، وكذا إن كانت حائلاً في الأظهر والأصح^(٢)، كما لو وصّى بما ستحمل.

والثاني: لا، لأنه تعليق قبل الملك. والله أعلم.

الرابعة: قال لعبده: أنت ابني، ومثله يجوز أن يكون ابناً له، ثبت نسبه، وعتق إن كان صغيراً، أو بالغاً، وصدقه، وإن كذبه، عتق أيضاً، وإن لم يثبت النسب.

وإن لم يمكن كونه ابنه؛ بأن كان أصغر منه على حد لا يتصور كونه ابنه، لغا قوله، ولم يعتق؛ لأنه ذكر محالاً. هذا في مجهول النسب.

(١) كلمة: «في» ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: «والأصح».

فإن كان معروف النسب من غيره، لم يلحقه، لكن يعتق على الأصح؛ لتضمنه الإقرار بحريته.

ولو قال لزوجته: أنت بنتي. قال الإمام^(١): الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب كما في العتق.

الخامسة: قال لعبده: أعتقت أحدكما على ألف، أو أحدكما حرّاً على ألف، لم يعتق واحد منهما ما لم يقبلا، فإن قيل كل واحد الألف، عتق أحدهما، ولزم السيد البيان، فإن مات قبله، ولم يبق الوارث مقامه، أو لم يكن وارثاً، أقرع، فمن خرجت قرعته، عتق بعوض. وفي ذلك العوض وجهان، أصحهما وبه قال ابن الحَدَّاد: قيمته. والثاني: المسمى، قاله أبو زيد؛ لأن المقصود العتق، لا المعاوضة، فيحتمل إبهام العوض، تبعاً للعتق.

ولو قال لأمتي: إحداكما حرّاً على ألف، فقبلتا، ثم وطئ إحداهما، فهل هو اختياراً لملك الموطوءة، ويتعين الأخرى للعتق؟ وجهان حكاهما الشيخ أبو علي.

السادسة: جارية مشتركة، زوّجها الشريكان بابين أحدهما، فأنت منه بولد، يعتق نصفه على الجد، ولا يسري إلى النصف الآخر إذا لم يعتق عليه باختياره.

السابعة: سبق في النكاح أن من نكح أمة غراً بحرّيتها، فأولدها، انعقد الولد حرّاً، ويلزم المغرور قيمته لملك الأمة. هذا هو الصحيح، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً: أنه ينعقد رقيقاً، ثم يعتق على المغرور، وله ولاؤه.

وأنا إذا قلنا: ينعقد حرّاً فلا قيمة على المغرور، وهو غريب ضعيف.

قال الشيخ^(٢): وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شيء؛ لأنه لم يتلف شيئاً على مالك، وإنما منع دخول شيء في ملكه، لكن ليس فيه خلاف يعتد به، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وجوب الضمان، فلا بُدّ من متابعتهم.

وإذا عرفت هذا، فلو نكح جارية ابنه مغروراً بحرّيتها، فأولدها، فهل يلزمه قيمة الولد؟ وجهان.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٢٥٠).

(٢) هو الشيخ أبو علي السنجي. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٣٧٠).

أحدهما: لا؛ لأنه إن انعقد حُرّاً، فينبغي أن لا يلزمه شيء، وإن انعقد رقيقاً، عَتَقَ عَلَى الْجَدِّ بِالْقَرَابَةِ، ولأنه لم يفوت بظن الحرية على الأب رِقّاً ينتفع به [١٣٢٥ / أ]؛ لأنه كان يَعْتَقُ عَلَيْهِ.

وَأَصْحُهُمَا: نَعَمْ، وبه قال ابن الحدّاد.

وإن وطئها عالماً بالحال، ملكه الجدّ، وعَتَقَ عَلَيْهِ.

قال الإمام: ولا يبعد أن يقال: ينعقد حُرّاً.

فَرْوَعُ: فِي مَسَائِلَ مَنْثُورَةٍ:

شَهِدَا أَنَّهُ قَالَ: أَحَدُ هَٰذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ حُرٌّ^(١)، أو أنه أوصى بإعتاق أحدهما، أو أنه قال: إحدى هاتين المرأتين طالقٌ، يُقْبَلُ، ويحكم بمقتضى شهادتهما.

ولو ولدت المزنئ بها ولداً، وملكه الزاني لم يَعْتَقُ عَلَيْهِ.

وقال أبو حنيفة: يَعْتَقُ.

ولو قال لعبده: أنت حُرٌّ كيف شئت، قال أبو حنيفة: يَعْتَقُ فِي الْحَالِ.

وقال صاحبه^(٢): لَا يَعْتَقُ حَتَّى يَشَاءَ.

قال^(٣) ابن الصبّاغ: وهو الأَشْبَهُ.

ولو أوصى بإعتاق عبدٍ يخرج من الثُلثِ، لَزِمَ الْوَارِثُ إِعْتَاقَهُ، فَإِنْ امْتَنَعَ، أَعْتَقَهُ السُّلْطَانُ.

ولو كان له عبد مقيّد، فحلف بعته أن في قيده عشرة أرتال، وحلف بعته لا يحلّه هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان: أَنَّ قَيْدَهُ خَمْسَةُ أُرْطَالٍ، وحكم القاضي بعته، ثم حلّ القيد فوجد فيه عشرة أرتال، قال ابن الصبّاغ: لا شيء على الشاهدين؛ لأن العتق حصل بحلّ القيد دون الشهادة؛ لتحقق كذبهما.

(١) في (ظ، أ، س): «حُرّاً» المثبت من المطبوع.

(٢) صاحبه: هما: أبو يوسف القاضي، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، وأبو عبد الله، محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولاهم.

(٣) في المطبوع: «وقال».

قال ابنُ الحَدَّاد: ولو شهد شاهدان أنه أعتقَ في مرضه هذا العبدَ، أو أوصى بعتقه، وحكم القاضي بشهادتهما، وشهد آخران أنه أعتقَ عبداً آخرَ، وكُلُّ واحدٍ منهما ثلثُ ماله، ثم رجَعَ الأولانِ، لم يردَّ القضاء بعد نُفوذِهِ؛ بل يقرعُ بينهما، فإن خرجتِ القرعةُ للأول، عتقَ، وعلى الشاهدين الغرمُ للرجوع، ويرقُّ الثاني، وحينئذٍ يَحْصُلُ للورثة التركة كُلُّها، وإن خرجتِ للثاني، عتقَ، ورقَّ الأولُ، ولا شيءَ على الراجعين؛ لأنَّ من شَهِدَا به^(١)، لم يعتقَ.

واعترض ابنُ الصَّبَّاح، فقال: ينبغي أن يَعتقَ الثاني بكلِّ حالٍ، ويطرح بينهما لمعرفةِ حالِ الأوَّل، فإن خرجتِ القرعةُ له، عتقَ^(٢) أيضاً، وعُزِّمَ الراجعانِ.

فَرَعُ: قال ابنُ الحَدَّاد: لو زَوَّجَ أَمَتُهُ بَعْدَ غَيْرِهِ، وقبضَ مَهْرَهَا، وأتلفَهُ، ومات، ولا مالَ له غَيْرُهَا، ولم يَدْخُلِ الزَّوْجُ بِهَا، فأعتقَهَا الوارثُ، نفذَ إعتاقُهُ. قال الشيخ أبو علي: نقدَّم على هذا فَضْلَيْنِ.

أحدهما: إذا أعتقَ الوارثُ عبدَ التركة، وعلى الميتِ ذَيْنِ، نُظِرَ: إن كان الوارثُ معسِراً، لم ينفذِ العتقَ، هكذا قطع به الشيخ.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه على الخلاف في إعتاقِ الراهنِ، وضعَّفه الإمامُ. وإن كان موسِراً، فوجهانِ.

أحدهما، وبه قال ابنُ الحَدَّاد: ينفذُ، وينتقلُ الذَّيْنُ إلى مالِ الوارثِ، كما لو أعتقَ السيدَ الجاني، هذا لفظُ الشيخ، ونقل الإمامُ عنه: أنا إذا نفذنا^(٣) العتقَ، نقلنا الذَّيْنَ إلى ذِمَّةِ الوارثِ إذا لم يخلَفْ سِوَى العبدِ.

قال: وَلَسْتُ^(٤) أرى الأمرَ كذلك، فالذَّيْنُ لا يَتَحَوَّلُ إلى ذِمَّةِ الوارثِ قَطُّ، ولكنه بالإعتاقِ متَلِفٌ للعبدِ، فعليه أَقْلُ الأمرينِ من الذَّيْنِ، وقيمةُ العبدِ.

والثاني: أنه موقوفٌ، فإذا أدَّى الوارثُ الذَّيْنَ من ماله، تَبَيَّنَ نُفُوذُ العتقِ، وإلَّا،

(١) في (ظ، أ، س): «شهد أنه» المثبت من المطبوع.

(٢) في المطبوع: «أعتق».

(٣) في المطبوع: «أنفذنا».

(٤) في المطبوع: «وكنْتُ»، تحريف.

بيع العبد في الدين، وبأنَّ العتق لم ينفذ [١٣٢٥ / ب].

ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء، لم ينفذ بيعه إن كان معسراً.

وإن كان موسراً، ففيه أوجه.

أحدها: لا ينفذ، كالمرهون.

والثاني: ينفذ.

والثالث^(١): موقوف، كالعتق.

قال الإمام: ويجيء ممّا حكاه الشيخ أبو محمد قول: أنه يصح بيع الوارث التركة وإن^(٢) كان معسراً، كالجاني.

قال: وذكر أبو علي؛ تفريعاً على صحة البيع: أن الثمن يصرف إلى الغرماء.

وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث فتلف في يده، كان للغرماء تغريم المشتري.

قال الإمام: والوجه عندي القطع بأنهم لا يطالبون المشتري.

وأنّا إذا صحّحنا البيع، كان كالإعتاق.

قال الإمام: ولزوم البيع بعيد، فإن بيع الجاني وإن صحّحناه، لا يلزم، مع أنّ تعلّق الأرش به أضعف، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم.

واعلم: أن جميع هذا تفريع على أن الدين لا يمنع الإرث، فإن قلنا: يمنع، فالتركة باقية على ملك الميت، فلا يصح التصرف للوارث بحال. والحاصل أن المذهب نفوذ العتق من الوارث الموسر، ومنع البيع.

الفصل الثاني: ذكرنا في « النكاح » أن الأمة إذا عتقت تحت عبد، فلها الخيار، فإن فسخت قبل الدخول، سقط كل المهر، وعلى السيد ردّه إن كان قبضه.

إذا تفرّز الفصلان، فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد.

(١) في المطبوع: « والثالث »، غلط.

(٢) في المطبوع: « إن » بدون « الواو ».

ثم إن كان الوارث معسراً، فلا خيارَ لها؛ لأنها لو فسخت، لوجبَ ردُّ مهرها، وصار ذلك ديناً على الميت، وذلك يمنعُ نفوذَ العتقِ من الوارثِ المعسر، وإذا لم يعتق، فلا خيار، ففي إثبات الخيار بقيّة، والمسألةُ دورية، وقد سبقَ طرفٌ منها في «النكاح».

وإن كان موسراً، فإن قلنا: ينفذُ عتقه، فلها الفسخُ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً، فيطالب^(١) به المعتق إن كانت قيمتها كمهر المثل^(٢)؛ لتفويته التركة. وإن كان مهرها أكثر، لم يطالب إلا بقيمتها؛ لأنه لم يفوت إلا ذلك.

وإن قلنا: يتوقف نفوذ العتق على أداء الدين، فلا عتق ولا خيار، حتّى يردَّ الصّدّاق إلى سيد العبد، هلكذا ذكره الشيخ أبو عليّ، وفيه إشكال؛ لأنه لا يثبت لسيد العبد دين ما لم يفسخ، فكيف يقضي الدين قبل ثبوته ؟ !

فزع: مات عن ابن حائزٍ للتركة، وهي ثلاثة أعبد، قيمتهم سواء، فقال الابن: أعتق أبي في مرضه هذا، وأشار إلى أحدهم، ثم قال: بل هذا وهذا، يعني: الأول وآخر معاً، ثم قال: بل أعتق الثلاثة معاً.

قال ابنُ الحَدّاد: الأولُ حُرٌّ بكلِّ حالٍ، ويقرعُ بينه وبين الثاني؛ لإقراره الثاني، ويقرعُ بين الثلاثة مرةً ثانية، فإذا أقرعنا في المرّتين، فإن خرجَ سهمُ العتقِ للأولِ فيهما لم يعتق غيره، وإن خرجَ للثاني فيهما، أو للأول^(٣) في الأولى، وللثاني في الثانية، أو بالعكس، عتقاً، دون الثالث.

وإن خرجَ للأولِ في الأولى، وللثالثِ في الثانية عتقاً دون الثاني.

وإن خرجَ للثاني في الأولى، وللثالثِ في الثانية، عتقوا كلّهم.

قال الشيخ أبو عليّ: ولو كانت قيمتهم [١ / ١٣٢٦] مختلفة؛ بأن كانت قيمة الأولِ مئةً، والثاني المضموم إليه مئتين، والثالث ثلاث مئة، فالأولُ حُرٌّ بكلِّ حال؛ لإقراره الأول، وهو دون الثلاثة، فإذا أقرعنا بينه وبين الثاني، وخرجَ سهمُ العتقِ

(١) في المطبوع: «فيطالبه».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «المهر» بدل: «كمهر المثل».

(٣) في المطبوع: «وللأول».

للاول، عَتَقَ من الثاني أيضاً نصفه، وإن خرج السهم للثاني، عَتَقَ كُلَّهُ.

وإذا أقرعنا بين الثلاثة؛ لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث، عَتَقَ ثلثه، وذلك ثلث ماله، وإن خرج للثاني، لم يَعْتِقِ الثالث، سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني، أو لم تخرج؛ لأنه ثلث ماله، وإن خرجت للأول، فهو نصف الثلث، فتعاد القرعة؛ لإكمال الثلث بين الثاني والثالث، فإن خرجت على الثاني، رَقَّ الثالث، ولا يَعْتِقُ من الثاني إلا ما عَتَقَ بالقرعة الأولى، وهو كُلُّهُ، أو نصفه، وإن خرجت على الثالث، عَتَقَ ثلثه.

ولو كانت قيمة الأول ثلاث مئة، والثاني مئتين، والثالث مئة، عَتَقَ من الأول ثلثه، ثم يقرع بينه وبين الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول، لم يرد شيء، وإن خرج للثاني، عَتَقَ كُلَّهُ، ثم يقرع بين الثلاثة، فإن خرج للأول أو الثاني، لم يرد شيء على ما عَتَقَ، وإن خرج للثالث، [عَتَقَ] كُلَّهُ.

فَرَعُ: مات عن ثلاثة بنين، وله ثلاثة عبيد، قيمتهم سواء، فأقر أحد البنين أن أباه أعتق في مرضه هذا العبد، وأقر آخر أنه أعتقه مع هذا الآخر، وأقر الثالث أنه أعتق الثلاثة معاً، عَتَقَ ثُلُثُ^(١) الأول؛ لأن أحد البنين أقر بعتقه، فنفذ في حصته وهي ثلثه، ثم يقرع بينه وبين المضموم إليه؛ لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول، عَتَقَ منه ثُلُثُ آخَرٍ، وهو حصة المقر، وإن خرج للثاني، عَتَقَ ثُلُثُهُ لهذا المعنى، ثم يقرع بين الثلاثة، فَمَنْ خرج له سهم العتق، عَتَقَ كُلَّهُ.

وإذا حكمنا بعتق بعض عبيد، فلا سراية؛ لأنهم لم يباشروا الإعتاق، ولا أقرؤا به على أنفسهم.

وَمَنْ أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين إذا وقع بالقسمة^(٢) في نصيب ذلك المقر، أو صار له بوجه آخر، حكم عليه بعتقه؛ لإقراره بأنه حرُّ كُلُّهُ.

فَرَعُ: شهد اثنان على ميت: أنه أوصى بعتق عبده سالم، وهو ثلث ماله، وقال الوارث: أوصى بعتق غانم، وهو ثلثه، فإن لم يكذب الوارث الشاهدين، واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا، عَتَقَ الأول بموجب البينة، وأقرع بينه وبين الثاني؛

(١) كلمة: « ثلث » ساقطة من المطبوع.

(٢) في المطبوع: « القسمة ».

لإقرار الوارث، فإن خرجت القرعة للأول، لم يعتق الثاني، وإن خرجت للثاني، عتق، ولم يرق الأول؛ لأنه مستحق العتق بالبيئنة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار، وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الآخر كما سبق.

وإن أقر الوارث أنه أعتق الثاني، وكذب الشهود في الأول، عتقا جميعا؛ الأول بالشهادة، والثاني بالإقرار.

ولو شهد أجنبيان بأنه أوصى بإعتاق عبد، هو ثلث ماله، وشهد وارثان بأنه أوصى بإعتاق آخر، فإن كذب الوارثان [١٣٢٦ / ب] الأجنبيين، عتقا جميعا^(١)، وإلا أقرع كما سبق.

فَرْعٌ^(٢): ثلاثة إخوة في أيديهم أمة وولدها، وهو مجهول النسب، قال أحدهم: هي أم ولدي، وهو ولدي منها، وقال الثاني: هي أم ولدي أبينا، والولد أخونا، وقال الثالث: هي أمتي، وولدها عبدي، فالكلام في أحكام.

الأول: نسب الولد، فلا يثبت من أبيهم.

وأما ثبوته من الذي استلحقه، فإن قلنا: إن من استلحق عبدا مجهول النسب، لحقه، ثبت نسبه منه، وإلا، فلا، على الأصح.

الثاني القائل: هي أم ولدي أبينا، لا يدعي لنفسه شيئا على الآخرين، فلا يحلفهما، لكن إن ادعت الأمة ذلك، وأنها عتقت لموت الأب، حلفهما أنهما لا يعلمان الأب أولدها، وأما الآخرون، فكل واحد منهما يدعي ما في يد صاحبه، هذا يقول: هي مستولدتني، وذلك^(٣) يقول: ملكي، فيحلف كل واحد الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده.

الثالث القائل: هي أم ولدي أبينا، لا غرم له؛ لأنه لا يدعي لنفسه شيئا ولا عليه، والذي يدعي الاستيلاء يلزمه الغرم للذي يدعي الملك؛ لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة، والولد. هكذا عللوه، ومقتضاه: أن تكون الصورة فيما إذا سلم أنه كان لمدعي الرق منها نصيب بالإرث، أو غيره، وإلا، فلا يلزم من قوله: مستولدتني

(١) في المطبوع: «عتقا» بدل: «جميعا».

(٢) كلمة: «فرع» ساقطة من المطبوع.

(٣) في المطبوع: «وذلك».

كونها مشتركة مِنْ قَبْلُ، وَكَمْ يَغْرُمُ ؟ وَجِهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْجَارِيَةَ فِي يَدِ مَنْ هِيَ ؟ وَفِيهِ وَجِهَانِ .

أحدهما: لَا يَدَّ عَلَيْهَا لِلْقَائِلِ : مُسْتَوْلِدَةٌ أَبِينَا ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ بِزَعْمِهِ ، فَتَكُونُ فِي يَدِ الْآخَرِينَ .

وأصحُّهما: هِيَ ^(١) فِي يَدِ الثَّلَاثَةِ حُكْمًا ، فَعَلَى الْأَوَّلِ : يَلْزُمُهُ لِمَدَّعِي الرِّقِّ نَصْفُ قِيمَتِهَا وَقِيمَةُ الْوَلَدِ ، وَعَلَى الْأَصَحِّ : ثُلُثُ قِيمَتِهَا ، وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الْحَدَّادِ .

الرابع: الْوَلَدُ حُرٌّ بِقَوْلِ مَنْ يَقُولُ : مُسْتَوْلَدَةُ الْأَبِ ، وَمَنْ يَقُولُ : مُسْتَوْلَدَتِي .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ : وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ نَصِيبُ مَدَّعِي الرِّقِّ وَنَصِيبُهُ مِنَ الْجَارِيَةِ ، هَكَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ .

فَرْعٌ: قَالَ لِعَبْدِيهِ : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ، ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا ، فَقَالَ لِلَّذِي لَمْ يَغِبْ وَعَبْدٌ ثَالِثٌ : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ .

قَالَ الْأَسْتَاذُ أَبُو إِسْحَاقَ : يَقْرَعُ بَيْنَ الْأَوَّلِينَ ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلَّذِي غَابَ ، عَتَقَ ، وَتَعَادُ الْقِرْعَةُ بَيْنَ الْآخَرِينَ ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ ، عَتَقَ أَيْضًا . وَإِنْ خَرَجَتْ أَوَّلًا لِلَّذِي لَمْ يَغِبْ ، عَتَقَ ، وَلَا تَعَادُ ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ الْقِرْعَةِ كَتَعْيِينِ الْمَالِكِ .

وَلَوْ عَيَّنَ الَّذِي لَمْ يَغِبْ لِلْعَتَقِ ، ثُمَّ قَالَ لَهُ وَآخِرُ ^(٢) : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ، كَانَ صَادِقًا ، وَلَمْ يَقْتَضِ ذَلِكَ عِتْقَ الْآخَرِ .

وَقَالَ الْمَاسَرُجِسِيُّ ^(٣) : إِنْ خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ لِلَّذِي لَمْ يَغِبْ ، تَعَادُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِقَوْلِهِ : « الثَّانِي » الَّذِي حَضَرَ آخِرًا ، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ الثَّانِيَّةُ لِلَّذِي لَمْ يَغِبْ أَيْضًا ، لَمْ يَعْتَقْ غَيْرَهُ ^(٤) ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِلْآخَرِ ، عَتَقَ أَيْضًا ، وَمَالَ الْإِمَامُ إِلَى هَذَا ، وَرَجَّحَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ ^(٥) الْأَوَّلَ .

(١) كلمة : « هِيَ » ساقطة من المطبوع .

(٢) في المطبوع : « وَلِالْآخِرِ » .

(٣) هو أَبُو الْحَسَنِ ، مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ سَهْلٍ بْنِ مُضَلَّحِ الْمَاسَرُجِسِيِّ .

(٤) كلمة : « غَيْرَهُ » ساقطة من المطبوع .

(٥) هو الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ السَّنْجِيُّ ، الْحُسَيْنُ بْنُ شُعَيْبٍ .

فَرَعُ: له أربع إماء، فقال: كُلُّما وطئتُ واحدةً منكَنَ، فواحدةً منكَنَ حُرَّةً، ثم وطئُ إحداهنَّ، عَتَقْتُ إحداهُنَّ. وهل تدخلُ الموطوءة في العتقِ المُبهم؟ يبنى على الوجهين [١٣٢٧ / أ] السابقين في أنَّ الوطء هل يكون تَعْيِيناً لِلْمَلِكِ^(١) في الموطوءة، والعتق في غيرها؟ إن قلنا: نَعَمْ، وعليه فَرَعَ ابْنُ الحَدَّاد، فأولُ الوطء لا يتضمَّن التعيين؛ لأنَّ العتقَ معلقٌ به، وما لم يوجد، لا يثبتُ استحقاق العتقِ.

فلو نزعَ بمجردَ تغييبِ الحَشَفَةِ، دخلتِ الموطوءةُ في العتقِ المُبهم، وإن استدام، فهل تتضمن الاستدامةُ التعيينَ وإخراجَ الموطوءة عن استحقاق العتق؟ وجهان.

أحدهما، وهو^(٢) قول أبي زيد: نَعَمْ فيقرعُ بين الثلاث^(٣) البواقي.

وأصحُّهما، وبه قال ابْنُ الحَدَّاد: لا؛ لأنه وطء واحد، ولهذا لا يستحقُّ بالاستدامة عتق آخر، فيقرع بين الأربع^(٤)، ولهذا كَمَنْ قال لَأَمْتِهِ: إِنْ وطئتُكِ فأنتِ حُرَّة، فوطئ، ونَزَعَ في الحال، لا يلزمه مَهْرٌ، وإن استدام، فوجهانِ كنظيره في الحَلْفِ بالطلاق.

وإن وطئ ثلاثاً منهنَّ، واستدام، عَتَقَ بكلِّ وطءٍ أمةً، فإن جعلنا الوطءَ تعييناً، والاستدامة متضمنةً للتعين، عَتَقَتِ الأولى والثانية، والرابعة بلا قرعة، ورَقَّتِ الثالثة؛ لأنه لما وطئ الأولى فتغييب الحَشَفَةِ ثبتَ عتقُ واحدةٍ، فإذا استدام، خرجت هي عن الاستحقاق؛ لتعيينها للملك، والثانية والثالثة تعيَّنتا للملك بوطئهما، فتعيَّنت الرابعة للعتق، وبوطء الثانية ثبتَ حقُّ العتقِ لها، وللأولى والثالثة؛ لأنَّ الرابعة عتقت^(٥) بالوطء الأول، فإذا استدام خرجت هي عن الاستحقاق، وخرجتِ الثالثة أيضاً بوطئها، فتعيَّنت الأولى للعتق، فإذا وطئ الثالثة، لم تَبَقْ إلَّا هي والثانية، واستدامة الوطء فيها إمساك، فيعين العتق في الثانية.

(١) في (ظ): «للمالك».

(٢) في المطبوع: «هو» بدون «الواو».

(٣) في (ظ): «الثلاثة».

(٤) في المطبوع: «الأربعة».

(٥) في المطبوع: «علقت».

وإن جعلنا الوطاء تعييناً، ولم نجعل الاستدامة تعييناً، أقرع بين الأولى والرابعة؛ لأنه أمسك الثانية والثالثة بوطئهما للملك، فإن خرجت القرعة للرابعة، عتقت، وبوطء الثانية يستحق عتق آخر، لكن لا حظ فيه للرابعة؛ لأنها عتقت بالوطء الأول، ولا للثالثة؛ لأنه أمسكها بالوطء، فهو إذاً متردد بين الأولى والثانية، فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة، عتقت، وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر، ولا حظ فيه للرابعة، ولا لمن عتق من الأولى والثانية، فإن عتقت الأولى، أقرعنا بين الثانية والثالثة، وإن عتقت الثانية، أقرعنا بين الأولى والثالثة، وإن خرجت القرعة الأولى للأولى دون الرابعة، عتقت، وبوطء الثانية يتردد العتق بينها وبين الرابعة؛ لأن الأولى عتقت، والثالثة تعينت بالوطء للإمسك، فمن خرجت لها القرعة، عتقت، وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر، لا حظ فيه للأولى، ولا لمن عتقت من الثانية^(١) والرابعة، فإن عتقت الثانية، أقرعنا بين الثالثة والرابعة، وإن عتقت الرابعة، أقرعنا بين الثانية والثالثة.

وإن قلنا: الوطاء ليس بتعيين، أقرع ثلاث مرات؛ لاستحقاق العتق لثلاثٍ منهن، يقرع بوطء الأولى بين الأربع بسهم عتق، وثلاثة أسهم رق، فإن خرجت للرابعة^(٢)، عتقت، [١٣٢٧ / ب] ولا مهر لها؛ لأنه لم يطأها، وإن خرجت للأولى^(٣)، عتقت، وهل تستحق المهر؟ يُبنى على أن استدامة الوطاء، هل يوجب مهراً؟ وإن خرجت للثانية أو الثالثة، عتقت، ولها المهر؛ لأننا تبيننا أنه وطئها بعد حصول عتقها، ثم يقرع لوطء الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق، وسهمي رق، فإن خرجت للرابعة، فلا شيء لها، وإن خرجت للثانية، ففي استحقاقها المهر الوجهان. وإن خرجت للثالثة^(٤)، استحققت، وإن خرجت القرعة للحرية^(٥) في المرة الأولى للثانية، أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى، فلا مهر لها بلا خلاف؛ لأن عتقها متأخر عن وطئها، وإن خرج للرابعة،

(١) في المطبوع: « والثانية » بدل: « من الثانية ».

(٢) في المطبوع: « الرابعة ».

(٣) في المطبوع: « الأولى ».

(٤) في المطبوع: « الثالثة ».

(٥) في المطبوع: « الحرية ».

فكذلك؛ لأنه لم يَطَّأها. وإن خرجَ للثالثة، فلها المهر؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أنها عَتَقَتْ قبل وطئها، ثم يقرعُ لوطءِ الثالثة بين الباقيتين^(١) بسهم عتق، وسهم رق، فإن بقيت الثالثة والرابعة، وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر، وإن خرجت للثالثة، فهل لها المهر؟ فيه الوجهان، وإن بقيت الأولى والثانية، فلا مهر لمن خرجت لها القرعة منهما؛ لتقدّم وطئها على عتقها.

وفيه وجه: أنه يقرعُ بين الأربع دَفْعَةً واحدةً بثلاثة أسهم عتق، وسهم رق، فتعْتَقُ ثلاث، وترقُّ واحدة، وهذا صحيح لمعرفة الرق والعتق، لكن لا يعرف^(٢) به المهر، وموضع الخلاف [فيه] والوفاق.

ولو وطئ الأربع، عَتَقَنَ كُلَّهُنَّ، ونحتاجُ للمهرِ إلى الإقراعِ ثلاث مرات بين الأربع، مرة بسهم عتق، وثلاثة أسهم رق، ثم مرة بين ثلاثٍ منهنَّ بسهم عتق، وسهمي رق، ثم مرة بين الباقيتين بسهم عتق، وسهم رق. واستيعابُ الاحتمالات يطول.

وضابطه أن ينظرَ في كُلِّ قُرْعَةٍ، فَمَنْ بَانَ أَنَّهَا عَتَقَتْ قبل وطئها، فلها المهر، وفيمن عَتَقَتْ بوطئها الوجهان.

أما إذا قال: كُلُّمَا وطئْتُ واحدةً منكنَّ، فواحدةً من صواحبها حُرَّةً، وَوطئْتُهِنَّ، فإن قلنا: الوطءُ يعينُ الملكَ في الموطوءة، عَتَقَتْ الرابعةُ بوطءِ الأولى، والأولى بوطءِ الثانية، والثانيةُ بوطءِ الثالثة، ورَقَّتِ الثالثة.

وإن قلنا: لا يعين، عَتَقَ ثلاث، ورَقَّتِ واحدة، فيقرعُ لوطءِ الأولى بين الثلاث البواقي، فإن خرجت القرعة للثانية، عَتَقَتْ، ثم يقرعُ لوطءِ الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرجت للأولى أو للرابعة، عَتَقَتْ. وإذا وطئَ الثالثة، عَتَقَتْ الباقية من الثلاث، وهي الأولى، أو الرابعة، وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة، عَتَقَتْ، فإذا وطئَ الثالثة^(٣)، أقرعَ بين الأولى والرابعة.

(١) في المطبوع: «الباقيين».

(٢) في المطبوع: «يصرف» بدل: «يعرف»، تحريف.

(٣) في المطبوع زيادة: «عتقت الباقية منهن»، وهي الأولى أو الرابعة، وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة، عتقت، فإذا وطئَ الثالثة، وهي إقحام ناسخ أو غيره. انظر: «فتح العزيز: ١٣ / ٣٨٠».

وأما المهرُ، فلا يجبُ لمن عَتَقَتْ بعد الوطء، ويجبُ لمن بَانَ عَتَقَهَا قبله.

وفي هذه الصورة لا يعتقُ الموطوءة بوطئها بحال.

واعلم: أنَّ الإقْرَاعَ في جميع هذه الصور^(١) فيما إذا مات قبلَ البيانِ، فأما في حياته، فيؤمَرُ بالبيانِ.

فَرْعٌ: له أربعُ إماءٍ وعبيد، فقال: كلُّما وطئتُ [واحدة] منكنَّ، فعبدٌ من عبيدي حُرٌّ، وكلما وطئتُ ثنتين^(٢)، فعبدانِ حُرَّانِ، وكلما وطئتُ ثلاثاً، فثلاثةٌ، وكلُّما وطئتُ أربعاً، فأربعةٌ، فوطئُ الأربعةِ، فهو كقوله: كلُّما طَلَّقْتُ امرأةً فعبدٌ من عبيدي حُرٌّ، إلى آخرِ التصوير، وقد سبقَ في الطلاق، والصحيحُ أنه يَعتَقُ خمسةَ عَشَرَ [١ / ١٣٢٨] عبداً.

فَرْعٌ: اشترى في مرض موته عبداً بأكثرَ من قيمته، وكانت المُحَابَاةُ قَدَرِ الثُّلثِ؛ بأن كان له ثلاث مئة، واشترى عبداً يساوي مئةً بمئتين، ثم أعتقه.

قال ابنُ الحَدَّاد: وإن لم يوفر [الثَّمن] نفذَ العتق، وبَطَلَتِ المُحَابَاةُ؛ لأنَّ المحاباةَ كالهبة، فإذا لم يقرن بها القبضُ حتَّى جاء ما هو أقوى منها، وهو العتق، بَطَلَتْ، ويمضي البيعُ بثمن المِثْلِ، وعلى البائع أن يقنع [به].

وإن وفرَ الثَّمنَ، نفذت المُحَابَاةُ، وبَطَلَ العتق؛ لأنَّ المُحَابَاةَ، استغرقتِ الثُّلثَ.

قال الأصحابُ: هذا غَلَطٌ، ولا فرق في المُحَابَاةِ بين أن يقبضَ، أو لا يقبضَ؛ لأنها تعلَّقت بالمعاوضة^(٣)، والمعاوضة^(٤) تلزُمُ بنفسِ العقدِ، ولهذا لو حابى المريض ولم يقبضَ، ثم أرادَ إبطالها، لم يتمكَّن منه، بخلاف الهبة، فالجوابُ نفوذُ المُحَابَاةِ، وبطلانُ العتق؛ لتقدُّمها.

قالوا: وقوله: «يلزُمُ البائع أن يقنعَ بقَدْرِ قيمة العبد»، غلط أيضاً؛ لأنه لم

(١) في (أ)، والمطبوع: «الصورة».

(٢) في المطبوع: «اثنتين».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: «بالمعاوضة».

(٤) في (ظ)، والمطبوع: «والمعاوضة».

يَرُضَ بَزْوَالِ مِلْكِهِ إِلَّا بِالزِّيَادَةِ؛ بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَقَالَ: لَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَنْفِذَ الْبَيْعَ بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ وَيَنْفِذَ الْعَتَقَ وَبَيْنَ أَنْ يَفْسَحَهُ وَيَبْطُلَ الْعَتَقُ.

فَرْعٌ: جَارِيَةٌ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، حَامِلٌ مِنْ زَوْجٍ، أَوْ زَنَى، عَتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ مِنَ الْحَمْلِ، وَهُوَ مُوسِرٌ، ثُمَّ وَضَعَتْهُ لَوْقَتٍ يَعْلَمُ وَجُودَهُ يَوْمَ الْإِعْتَاقِ، وَهُوَ لَدُونِ سِتَةِ أَشْهُرٍ، فَهُوَ حُرٌّ بِالْمُبَاشَرَةِ وَالسَّرَايَةِ، وَعَلَى الْمَعْتِقِ قِيَمَةُ نَصِيْبِ الشَّرِيكِ يَوْمَ الْوِلَادَةِ.

فَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيْتًا مِنْ غَيْرِ جَنَايَةٍ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمَعْتِقِ، وَإِنْ كَانَ بِجَنَايَةٍ، فَعَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِيِ غُرَّةٌ لَوْرَثَةِ الْجَنِينِ؛ لِأَنَّهُ مُحْكُومٌ بِحَرِّيَّتِهِ، وَعَلَى الْمَعْتِقِ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِلشَّرِيكِ. هَكَذَا أَطْلَقَ ابْنُ الْحَدَّادِ.

وَقَالَ ^(١) الْقَفَّالُ: إِنَّمَا يَلْزَمُ الْمَعْتِقَ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ إِذَا لَمْ يَزِدْ عَلَى قِيَمَةِ الْغُرَّةِ، فَإِنْ زَادَ، لَمْ يَلْزَمْ إِلَّا نِصْفُ قِيَمَةِ الْغُرَّةِ.

وَرَأَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ الْأَخْذَ بِالْإِطْلَاقِ، وَأَنَّهُ يَجِبُ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ بِالْغَا مَا بَلَغَ؛ لِأَنَّهُ انْفِصَالُهُ مَضمُونًا كَانْفِصَالِهِ حَيًّا؛ لِأَنَّ الْغُرَّةَ تُصَرَّفُ إِلَى الْوَارِثِ، وَقَدْ لَا يَسْتَحِقُّ الْمَعْتِقُ مِنْهَا شَيْئًا، وَإِنَّمَا كَانَ يَجِبُ رِعَايَةُ الْمُنَاسَبَةِ بَيْنَ الْغُرْمَيْنِ، أَنْ لَوْ كَانَ الْوَاجِبُ بِالْجَنَايَةِ لِلْمَعْتِقِ.

قَالَ الشَّيْخُ: وَهَذَا كُلُّهُ جَوَابٌ عَلَى أَنَّ الشِّرَاءَ يَحْصُلُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَحْصُلُ بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ، فَإِذَا وَضَعْتَ الْحَمْلَ، وَقَوْمٌ، وَوَصَلَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ إِلَى الشَّرِيكِ، فَحِينَئِذٍ يَغْتَقُ الْبَاقِي.

وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيْتًا بِجَنَايَةٍ، فَنِصْفُهُ حُرٌّ، وَهَلْ ^(٢) يَقُومُ الْبَاقِي عَلَى الْمَعْتِقِ؟ فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فِيمَا لَوْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ، وَمَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ وَصُولِ الْقِيَمَةِ إِلَى الشَّرِيكِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يَسْقُطُ التَّقْوِيمُ ^(٣)، فَنِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ رَقِيقٌ، فَعَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِيِ نِصْفُ غُرَّةٍ، وَإِلَى مَنْ تُصَرَّفُ؟ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي أَنَّ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ، هَلْ يَوْرَثُ، وَيَجِبُ لِلنِّصْفِ الْمَمْلُوكِ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ، وَهَلْ يَكُونُ فِي مَالِ الْجَانِيِ، أَمْ عَلَى عَاقِلَتِهِ؟ فِيهِ الْخِلَافُ فِي أَنَّ بَدَلَ الرَّقِيقِ تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « قَال ». .

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَهُوَ » بَدَلُ: « وَهَل ». .

(٣) فِي (ظ): « النِّصْف » بَدَلُ: « التَّقْوِيم ». .

فَرَعُ: خَلَفَ ثَلَاثَةَ أَغْبِدٍ، قِيمَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِئَةٍ، وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُمْ، فَشَهِدَ عَدْلَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ^(١) فِي مَرَضِهِ هَذَيْنِ، فَأَشَارَ الْوَارِثُ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَقَالَ: أَمَّا هَذَا فَأَعْتَقَهُ، وَأَمَّا الْآخَرُ، فَلَا، فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهُ فِي إِبْطَالِ حَقِّ الْآخَرِ مِنَ الْعَتَقِ، لَكِنْ يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ فَإِنْ خَرَجَ الْعِتَقُ لِمَنْ عَيْنَهُ الْوَارِثُ، عَتَقَ، وَرَقَّ الْآخَرُ، وَإِنْ خَرَجَ لِلْآخَرِ، عَتَقَ بِمَقْتَضَى الْقُرْعَةِ الَّتِي اقْتَضَتْهَا الشَّهَادَةُ، [١٣٢٨ / ب] وَيَعْتَقُ الْآخَرُ بِإِقْرَارِ الْوَارِثِ.

وإِنْ قَالَ الْوَارِثُ: أَعْتَقَ مُورَثِي هَذَا، وَلَا أَعْلَمُ حَالَ الْآخَرِ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ، عَتَقَ، دُونَ الْآخَرِ.

وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ الثَّلَاثَةَ دَفْعَةً، وَقَالَ الْوَارِثُ: أَعْتَقَ هَذَيْنِ دُونَ ذَاكَ، قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: يَقْرَعُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ؛ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلَّذِي أَنْكَرَهُ الْوَارِثُ، عَتَقَ، وَتَعَادُ الْقُرْعَةُ؛ لِإِقْرَارِ الْوَارِثِ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ عَتَقَ بِإِقْرَارِ الْوَارِثِ. وَإِنْ خَرَجَتْ أَوَّلًا لِأَحَدِ الْاِثْنَيْنِ اللَّذَيْنِ أَقْرَعَ بِإِعْتَاْقِهِمَا، عَتَقَ، وَرَقَّ الْآخَرَانِ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

الْخَصِيصَةُ الْخَامِسَةُ: الْوَلَاءُ^(٢)، وَفِيهِ طَرَفَانِ:

الْأَوَّلُ: فِي سَبَبِهِ، وَهُوَ زَوَالُ الْمَلِكِ عَنْ رَقِيقٍ بِالْحَرِّيَّةِ، فَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا تَنْجِيزًا، أَوْ بِصَفَةٍ، أَوْ دَبْرَةٍ، أَوْ اسْتَوْلَدَهَا، فَعَتَقًا بِمَوْتِهِ، أَوْ عَتَقَ عَلَيْهِ بِأَدَاءِ نُجُومِ الْكِتَابَةِ، أَوْ الْإِبْرَاءِ مِنْهَا، أَوْ التَّمَسُّ مِنْ مَالِكٍ عَبْدٍ عَتَقَهُ عَلَى مَالٍ، فَأَجَابَهُ، أَوْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ مِنْ مُشْتَرَكٍ، وَسَرَى، أَوْ مَلَكَ قَرِيبَهُ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ، ثَبَتَ لَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ.

وَلَوْ بَاعَ عَبْدٌ نَفْسَهُ، فَلَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَسَوَاءٌ اتَّفَقَ دِينُهُمَا، أَوْ اخْتَلَفَ.

فَلَوْ أَعْتَقَ مُسْلِمٌ كَافِرًا، أَوْ عَكْسَهُ، ثَبَتَ الْوَلَاءُ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَارَثَا، كَمَا ثَبَتَتْ عُلُقَةُ النِّكَاحِ وَالنِّسْبِ^(٣) بَيْنَهُمَا.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «عَتَقَ».

(٢) الْوَلَاءُ: هُوَ يَفْتَحُ الْوَاوَ وَالْمَدَّ، لُغَةً: الْقَرَابَةُ، مَأْخُوذٌ مِنَ الْمَوَالَاةِ، وَهُوَ الْمَعَاوَنَةُ وَالْمُقَارَبَةُ.

وَشَرْعًا: عُصْبِيَّةٌ سَبَبُهَا زَوَالُ الْمَلِكِ عَنْ الرَّقِيقِ بِالْحَرِّيَّةِ، وَهِيَ مِتْرَاخِيَّةٌ عَنْ عُصْبِيَّةِ النِّسْبِ، فِيرِثُ بِهَا الْمَعْتَقُ، وَيُلِي أَمْرَ النِّكَاحِ، وَالصَّلَاةِ عَلَيْهِ، وَيَعْقُلُ ذُكُورَ الْعَصْبَةِ مِنْ بَعْدِهِ. انْظُرْ: (مَغْنِي الْمَحْتَاجِ: ٤ / ٥٠٦)، وَ(النَّجْمُ الْوَهَّاجُ: ١٠ / ٤٩٧ - ٤٩٨)، وَ(الْمَوْسُوعَةُ الْفَقْهِيَّةُ: ٤٥ / ١١٩ - ١٢٠).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَالنِّسْفُ»، تَحْرِيفٌ.

ثم الولاءُ مَخَصَّصٌ بِالْإِعْتَاقِ، فمن أسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ إنسانٌ، فلا ولاءَ له عليه .
ومن أعتَقَ عن غيره بغيرِ إذنِه، وقعَ العتقُ عن المعتقِ عنه، وله الولاءُ دونَ المعتقِ^(١).

والولاءُ كالنَسَبِ لا يجوزُ بيعُهُ، ولا هبُّهُ، ولا يورثُ، لكن يورثُ به .
ولو أعتَقَ عبداً على أن لا ولاءَ له عليه، أو على أن يكونَ سائِبَةً، لَغَا الشرطُ، وثبتَ الولاءُ. وكذا لو شرطَ أن ولاءه لفلان أو للمسلمين، لَغَا، ولا ينتقلُ الولاءُ عنه، كما لا ينتقلُ النسبُ، ولا يثبتُ الولاءُ بالموالاة والحلفِ، كما لا يثبتُ النسبُ بذلك .

وكما يثبتُ الولاءُ على المعتقِ، يثبتُ على أولاده وأحفاده، وعلى عتيقِهِ، وعتيقِ عتيقِهِ، وكما يثبتُ للمعتقِ يثبتُ لمعتقِ الأبِ، وسائرِ الأصول، ولمعتقِ المعتقِ، وكما يثبتُ على وَلَدِ العتيقِ، يثبتُ على وَلَدِ العتيقَةِ، ويُستثنى من استرسالِ الولاءِ على أولادِ العتيقِ وأحفاده مَوْضِعَان .

أحدهما: إذا كان منهم مَنْ مَسَّ رِقٌّ وأعتَقَ، فولأؤُهُ لمعتقِهِ، فإن لم يكن، فلِعَصَبَاتِ مُعْتَقِهِ، فإن لم يوجدوا، فالميراثُ لبيتِ المالِ، ولا ولاءَ عليه لمعتقِ الأصولِ بحالٍ؛ فإنه أعتَقَ مباشرة، وولاءُ المباشرة أقوى، وصورته: أن تلدَ رقيقَةً رقيقاً مِنْ رقيقٍ أو حُرّاً، وأعتَقَ الولدُ وأبواه أو أمه^(٢).

الثاني: مَنْ أبوه حُرٌّ أصليٌّ لا ولاءَ عليه، وأمُّهُ مُعْتَقَةٌ، هل يثبتُ عليه الولاءُ لموالي الأمِّ؟ فيه أوجه .

الصحيح: لا .

والثاني: نعم .

والثالث: إن كانت حرية الأبِ متيقِّنة؛ بأن كان عربياً معلوماً النسبِ، فلا، وإن

(١) نقلَ هذا النصَّ الدِّمِيرِيُّ في (النجم الوهاج: ١٠ / ٥٠٠)، وقال: « وهو سبق قلم، وعبرة الرافعي [فتح العزيز: ١٣ / ٣٨٤]: من أعتَقَ عن غيره بغيرِ إذنِه، وقعَ العتقُ عنه، وكان الولاءُ له دونَ المعتقِ عنه، خلافاً لمالكٍ، وهذا هو الصوابُ » .

(٢) في (ظ): « وأمهُ »، المثبتُ موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٨٧).

كانت مبنية على ظاهر الدار، وأنَّ الأصل في الناس الحرية، فنَعَمْ؛ لضعف حريّة الأب.

ولو كان الأب معتقاً، والأمُّ حُرّةً أصليّةً، فالصحيحُ ثبوتُ الولاءِ عليه لموالي الأب؛ لأنه ينسبُ إليه. وقيل: لا ولاء عليه؛ تغليباً للحرية، كعكسه.

ومن^(١) أمُّه حُرّةً أصليّةً، وأبوه رقيقٌ، لا ولاء عليه لأحدٍ، فإنَّ اعتقَ الأب، فهل يثبتُ عليه لموالي الأب؟

قال الشيخ أبو علي^(٢): فيه جوابان، سمعتهما من شيخي^(٣) في وقتين، وهما محتملان [١٣٢٩ / ١]:

أحدهما: نَعَمْ؛ لثبوته على الأب، وإنما لم يثبتْ أولاً؛ لِرَقِّه.

والثاني: لا؛ لأنه لم يثبتْ ابتداءً، فلا يثبتُ بعده، كما لو كان أبواه حُرَّين.

فَرُوعٌ: مَنْ مَسَّهُ رِقٌّ وَعَتَقَ، فلا ولاءَ عليه لمعتقِ أبيه وأمِّه وسائرِ أصولِه كما سبق، سواءً وجدوا في الحال، أم لا، فالمباشرُ إعتاقُه ولاؤُه لمعتقِه، ثم لعصبته، فأماً إذا كان حُرّاً الأصل، وأبواه عتيقَين، أو أبوه عتيقٌ، فولأؤه لمولى أبيه.

وإنَّ كان الأب رقيقاً، والأمُّ مُعتقةً، فالولاءُ لمعتقِها، فإنَّ مات والأب رقيقٌ بَعْدُ وَرَثَتُه مُعتقُ الأمِّ.

وإنَّ اعتقَ الأب في حياة الولد، انجَرَ^(٤) الولاءُ مِنْ مولى الأمِّ إلى مولى الأب.

ولو مات الأب رقيقاً، وعَتَقَ الجدَّ، انجَرَ مِنْ موالي الأمِّ إلى موالي الجدِّ^(٥).

ولو عَتَقَ الجدُّ، والأب رقيقٌ، ففي انجراره إلى موالي^(٦) الجدِّ وجهان.

(١) في (ظ)، والمطبوع زيادة: «له»، إقحام ناسخ.

(٢) الشيخ أبو علي: هو السُّنْجِيُّ، الحُسَيْن بن شُعَيْب.

(٣) تفقّه الشيخ أبو علي السُّنْجِيُّ على شيخه: الإمام أبي حامد الإسفَرَايِينِي، شيخ العراقيين، والإمام أبي بكر القفال المروزي شيخ الخراسانيين، فأيهما المراد هنا؟

(٤) في المطبوع: «الخبر».

(٥) في (أ، ظ): «مولى».

(٦) في (أ): «مولى».

أَصْحُهُمَا: يَنْجَرُ، فَإِنْ أَعْتَقَ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ، انْجَرَ مِنْ مَوْلَى الْجَدِّ إِلَى مَوْلَى الْأَبِ.

والثاني: لا يَنْجَرُ، فعلى هذا: لو مات الأب بعد عتق الجد، ففي انجراره إلى موالي الجد وجهان.

أَصْحُهُمَا عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ: لا يَنْجَرُ.

وقطع البغوي بالانجرار.

قلت: الانجرار أقوى. والله أعلم.

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم لِرِقِّ الأب، فاشترى الولد أباه، ثبت له الولاء عليه، وعلى إخوته وأخواته الذين هم أولاد الأب، وهل يجزئ ولاء نفسه من مولى الأم؟ وجهان.

الأصح المنصوص: لا؛ لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا لو اشترى العبد نفسه، عتق، وكان الولاء عليه لبائعه، وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء، وإذا تعذر الجر، بقي الولاء موضعه.

والثاني: يَنْجَرُ، ويسقط، ويصير كحرٍّ لا ولاء عليه.

ولو خلق إنسان حرّاً^(١) مِنْ حُرَّيْنِ، وكان في أجداده رقيق^(٢). ويتصور ذلك في نكاح الغرور، وفي الوطء بشبهة إذا أعتقت أم أمه، ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم، فإذا أعتق أبو أمه بعد ذلك، انجرَّ الولاء إلى مولاه، فإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك، انجرَّ الولاء من مولى أبي الأم إلى مولى أم الأب، فإذا أعتق أبو أبيه بعد ذلك، انجرَّ إلى مولاه.

ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيق، فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء، انجرَّ إلى مولاه، واستقرَّ عليه، ودليله أن جهة الأبوة أقوى. وحيث أثبتنا الولاء لمولى الأم، فمات الولد، أخذ ميراثه، فإن عتق بعد ذلك، لم يستردَّ مولاه؛ بل الاعتبار

(١) في (ظ)، والمطبوع: «حرٌّ»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩١).

(٢) في المطبوع: «وكان في أحد أجداده رقيق». وفي (أ): «وكان أجداده أرقاء»، ما في (أ) موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩١).

بحال الموت، وليس معنى الانجرار أن يحكم بأن الولاء لم يزل في جانب الأب؛ بل معناه أنه ينقطع من وقت عتق الأب عن مولى الأم، وإذا انجر إلى مولى الأب، فلم يبقَ منهم أحد، لم يعد إلى مولى الأم؛ بل يكون الميراث لبيت المال، وكذا إذا ثبت الولاء لمولى الأب فهلكوا، لم يصِرْ لمولى الجد، حتى لو مات من انتقل ولاؤه من مولى أبيه إلى مولى جدّه حينئذ، فميراثه لبيت المال.

فزع: أعتق أمته المزوجة بعتيق، فولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق، فولاء الولد لمعتق الأم، لا لمعتق الأب؛ لأنّا تيقناً وجوده يوم الإعتاق، فمعتقه بأشْرَ إعتاقه بإعتاقها، وولاء المباشرة مقدّم.

وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً، فإن كان الزوج يفترشها، فولاءه لمعتق الأب؛ [١٣٢٩ / ب] لأنّا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق، والأصل عدمه، والافتراض سبب ظاهر للحدوث.

وإن كان لا يفترشها، وولدت لأربع سنين من الإعتاق، فكذلك^(١).

وإن ولدت لأقل من أربع سنين، فقولان. أظهرهما: لمعتق الأم.

ولو أعتق المزوجة برفيق، فولدت لدون ستة أشهر من الإعتاق، فولاءه لمعتق الأم بالمباشرة، فإن أعتق الأب^(٢)، لم ينجرّ الولاء إلى معتق الأب من معتق الأم؛ لأنه أعتقه مباشرة.

وإن ولدته لستة أشهر فصاعداً، قال البغوي: إن لم يفارقها الزوج، فولاءه لمولى الأم، فإذا أعتق الأب، انجرّ إلى مولاه.

وإن كان فارقتها، فإن ولدت لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق، فالولد منفي عن الزوج، وولاءه لمعتق الأم أبداً.

وإن ولدته لأربع سنين، لحق الزوج، وولاءه لمعتق الأم، فإذا أعتق الأب، ففي الانجرار إلى مولاه قولان.

ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة بلعان، فالولاء في الظاهر لمولى

(١) في المطبوع: « فذلك ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « فإن أعتق الأب الأب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٢).

الأم، فإن كَذَبَ الْمُلاَعِنُ نَفْسَهُ، لِحَقَّةِ الْوَلَدُ وَحَكْمُنَا بَأَنَّ الْوَلَاءَ لِمَوْلَاهُ.

فإن كان الولدُ قد ماتَ بعد اللِّعَانِ، ودَفَعْنَا الميراثَ إلى مولى الأم، استردَدْنَاهُ منه بعد الاستلحاقِ؛ لأنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لم يكن ولاء.

ولو غُرِّ بِحَرِّيَةِ أُمَّةٍ، فَنَكَحَهَا، وَأَوْلَدَهَا عَلَى ظَنٍّ أَنَّهَا حُرَّةٌ، ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا أُمَّةٌ، فَأَوْلَدَهَا وَلِدًا آخَرَ، فَالْوَلَدُ الْأَوَّلُ حُرٌّ، وَالثَّانِي رَقِيقٌ.

فلو أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْأُمَّةَ، وَالْوَلَدَ الثَّانِي، ثُمَّ عَتَقَ الْأَبَ، انْجَرَّ ولاء الولدِ الْأَوَّلِ إلى مَعْتِقِ الْأَبِ، وَلَمْ يَنْجَرْ إِلَيْهِ ولاءُ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ بِالْمَبَاشَرَةِ.

ولو نَكَحَهَا عَالِمًا بِأَنَّهَا أُمَّةٌ، وَأَوْلَدَهَا، ثُمَّ عَتَقَتْ، وَأَوْلَدَهَا وَلِدًا آخَرَ، فَالثَّانِي حُرٌّ، وَوَلَاؤُهُ لِمَعْتِقِ الْأَبِ، وَالْأَوَّلُ مَمْلُوكٌ، وَوَلَاؤُهُ لِمَعْتِقِهِ.

الطَّرْفُ الثَّانِي: فِي حُكْمِ الْوَلَاءِ، وَهُوَ إِحْدَى جِهَاتِ الْعُصُوبَةِ، وَمَنْ يَرِثُ بِهِ، لَا يَرِثُ إِلَّا بِالْعُصُوبَةِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ ثَلَاثَةُ أَحْكَامٍ.

الإرث.

وولاية التزويج.

وتحمُّل الدية، وقد ذكرناها في مواضعها.

قلت: ورابعٌ، وهو التَّقَدُّمُ فِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ^(١).

فإذا مات العتقُ، وَلَا وَاَرِثَ لَهُ بِنَسَبٍ، وَلَا نِكَاحٍ، وَرِثَ مَعْتِقُهُ جَمِيعَ مَالِهِ.

وإن كان له من يرثُ بِالْفَرُضِيَّةِ، وَفَضَّلَ مِنْهُ شَيْءٌ، أَخَذَهُ الْمَعْتِقُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَعْتِقُ حَيًّا، وَرِثَ بَوْلَايَةِ أَقْرَبِ عَصَبَاتِهِ، وَلَا يَرِثُ أَصْحَابُ فُرُوضِهِ، وَلَا مَنْ يَتَعَصَّبُ بِغَيْرِهِ.

فإن لم نجدُ لِلْمَعْتِقِ عَصَبَةً بِالنَّسَبِ، فَالْمِيرَاثُ لِمَعْتِقِ الْمَعْتِقِ، فَإِنْ لَمْ نَجِدْهُ، فَلْعَصَبَاتِ مَعْتِقِ الْمَعْتِقِ، فَإِنْ لَمْ نَجِدْهُمْ، فَلِمَعْتِقِ مَعْتِقِ الْمَعْتِقِ، ثُمَّ لِعَصَبَتِهِ، وَلَا مِيرَاثَ لِمَعْتِقِ عَصَبَاتِ الْمَعْتِقِ إِلَّا لِمَعْتِقِ أَبِيهِ، أَوْ جَدِّهِ.

وللأَصْحَابِ عِبَارَةٌ ضَابِغَةٌ لِمَنْ يَرِثُ بَوْلَاءِ الْمَعْتِقِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَعْتِقُ حَيًّا،

(١) قوله: « وَالله أعلم » ساقط من المطبوع.

قالوا: هو ذَكَرٌ يَكُونُ عَصْبَةً للمعتق^(١) لو مات المعتقُ يومَ موتِ العتيقِ بصفةِ العتيقِ .
وخرَّجوا عليها مسائلَ .

منها: إذا ماتَ العتيقُ، وللمعتقِ ابنٌ وبنْتُ، أو أبٌ وأمٌّ، أو أخٌ وأختٌ،
فالميراثُ للذكرِ دونِ الأنثى، ولا يرثُ النساءُ بولاءٍ الغيرِ أصلاً، لكن إنْ باشرتِ
المرأةُ إعتاقاً، أو عَتَقَ عليها مملوكٌ، فلها عليه الولاءُ، كما للرجلِ؛ لقوله
صلَّى اللهُ [١/٣٣٠] عليه وسلم: « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ »^(٢) .

وكما^(٣) يثبتُ لها الولاءُ على عتيقها يثبتُ على أولادِهِ وأحفادِهِ وعتيقه كالرجلِ .
ومنها: لو أعتَقَ عبداً، ومات عن ابْنينِ، فولاءُ العتيقِ لهما، [فَإِنْ]^(٤) مات^(٥)
أحدهما وخَلَّفَ ابناً، فولاءُ العتيقِ لابنِ المعتقِ، دونَ ابنِ ابنِهِ، وهذه الصورةُ
ونحوها معنَى ما روي عن عُمرَ، وعثمانَ، رضي اللهُ عنهما: أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكَبِيرِ^(٦)،
بضمِّ الكاف، أي: الكبير في الدرجة والقُرب، دونَ السَّنِ^(٧) .

ولو ماتَ المعتقُ عن ثلاثة بنينَ، ثم ماتَ أحدهم عن ابنٍ، وآخر عن أربعةٍ،
والآخر عن خمسةٍ، فالولاءُ بين العشرةِ بالسويةِ، فإذا مات العتيقُ، ورثوه أَعْشَاراً؛
لأنه لو ماتَ المعتقُ يومئذٍ ورثوه كذلك .

(١) في المطبوع: « المعتق »، المثبت موافق لما في (فتح العزیز: ١٣ / ٣٩٤) .

(٢) أخرجه (البخاري: ٢١٦٨)، و(مسلم: ١٥٠٤) من حديث السيدة عائشة .

(٣) في المطبوع: « كما » بدون « الواو » .

(٤) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع .

(٥) في (ظ) والمطبوع: « فمات » .

(٦) حديث عُمر وعثمان أَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكَبِيرِ، رواهما البيهقي في (السنن الكبرى: ١٠ / ٣٠٣) من طريق
سعيد بن المسيَّب، عنهما .

ورواه عبد الرزاق في (المصنف: ٩ / ٣٠)، والدارمي في (سننه برقم: ٣٠٧٠) من طريق
إبراهيم: أَنَّ عُمرَ، وعليّاً، وزيد بن ثابت، كانوا يجعلون الولاءَ للكبِيرِ .

ورواه (الدارمي: برقم ٣٠٦٥)، و(البيهقي: ١٠ / ٣٠٣) من طريق يزيد بن هارون، حدثنا
أشعث بن سوار، عن الشعبي عن عمر، وعليٍّ، وزيد بن ثابت . قال: وأحسبه ذكر عبد الله رضي الله
عنه يقولون: الولاءُ للكبِيرِ .

وانظر: (سنن الدارمي: ٣٠٦٦، ٣٠٦٨، ٣٠٧٤) بتحقيق شيخنا العلامة حسين أسد
الداراني، و(التلخيص الحبير: ٤ / ٢١٥) .

(٧) جاء في (سنن الدارمي: ٤ / ١٩٦٦): « يَعتونُ بالكبِيرِ: ما كانَ أقربَ بابٍ أو أمٍّ » .

ولو أعتق عبداً، ومات عن أخ من أبوين، وأخ من أب، فولاء عتيقه للأخ من الأبوين على المذهب، كما سبق. فلو مات الأخ من الأبوين، وخلف ابناً، والأخ الآخر، فولاء العتيق للأخ؛ لأن المعتق لو مات الآن كان عصبته^(١) الأخ^(٢) من الأب، دون ابن الأخ من الأبوين.

ومنها: أعتق مسلم عبداً كافراً، ومات عن ابنين: مسلم وكافر، ثم مات العتيق، فميراثه لابن الكافر؛ لأنه الذي يرث المعتق بصفة الكفر.

ولو أسلم العتيق، ثم مات، فميراثه لابن المسلم.

ولو أسلم الابن الكافر، ثم مات العتيق مسلماً، فالميراث بينهما.

فرع: الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته، يترتبون ترتب عصبات النسب، إلا في مسائل، سبق في « الفرائض »:

منها: أخ المعتق وجدّه، إذا اجتمعا، هل يتساويان، كالإرث، أم يقدم الأخ؟ قولان.

أظهرهما: الثاني، فيقدم ابن الأخ أيضاً.

ويقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب على المذهب. وقيل: قولان.

ولو كان له أبناء عم، أحدهما أخ لأم، قدم على المذهب.

فرع: الانتساب في الولاء، قد يكون بمحض الإعتاق، كمعتق المعتق، ومعتق مُعتق المعتق، وقد يترتب من الإعتاق والنسب، كمعتق الأب، وأبي المعتق، ومعتق أبي المعتق، فإذا^(٣) تركب الانتساب، فقد يشبه حكم الولاء ويغالط به؛ بأن يُقال^(٤): اجتمع أبو المعتق ومعتق الأب، فأيهما أولى؟ وجوابه أنه إذا كان للميت أبو المعتق^(٥)، كان له معتق، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً، كما سبق، فلا معنى

(١) في المطبوع: « عصة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٥).

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٥): « للأخ ».

(٣) في المطبوع: « فإن ».

(٤) في المطبوع: « قال ».

(٥) في (ظ، أ): « أبو معتق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٦).

لمقابلة أحدهما بالآخر وطلب الأولوية. ولو اجتمع معتق أبي المعتق، ومعتق المعتق، فالولاء لمعتق المعتق؛ لأن ولاءه بجهة المباشرة.

فَرْعٌ: اشترت امرأة أباهما، فَعَتَقَ، ثم أعتق الأب عبداً، ومات عتيقه بعد موته، نَظَرُ:

إن لم يكن للأب عَصَبَةٌ بالنسب، فميراث العتيق للبنت، لا لكونها بنت المعتق؛ بل لأنها معتقة المعتق.

وإن كان له عَصَبَةٌ، كأخ، وابن عم قريب أو بعيد، فميراث العتيق له؛ لأنه عَصَبَةُ المعتق بالنسب، ولا شيء للبنت؛ لأنها معتقة المعتق، فتتأخر عن عَصَبَةِ النسب.

قال الشيخ أبو علي: وسمعت^(١) بعض [الناس] يقول: أخطأ في هذه المسألة أربع مئة قاضٍ؛ لأنهم رأوها أقرب.

ولو اشترى أخ وأخت أباهما، فَعَتَقَ عليهما، ثم أعتق عبداً، ومات العتيق بعد موت [١٣٣٠ / ب] الأب، وخلف الأخ والأخت، فميراثه للأخ، دون الأخت؛ لأنه عَصَبَةُ المعتق بالنسب؛ بل لو كان الأخ قد مات قبل موت الأب، وخلف ابناً أو ابن ابن^(٢) أو كان للأب [ابن] عم بعيد، فهو أولى من البنت.

ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب، ولم يخلف^(٣) إلا أخته، فلها نصف الإرث بالأخوة، ونصف الباقي؛ لأن لها نصف ولاء الأخ؛ لإعتاقها نصف أبيه، فلها ثلاثة أرباع المال.

ولو مات الأب، ثم الابن، ثم العتيق، ولم يخلف إلا البنت، فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً: النصف؛ لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف الباقي؛ لولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف أبيه، فهي معتقة نصف أبي المعتق معتقه. والرُّبُع الباقي في الصورتين لبنت المال.

ولو مات الأب، ولم يخلف إلا البنت، فقال الغزالي في «الوجيز»: لها

(١) في (أ)، والمطبوع: «سمعت» بدون «الوا».

(٢) في المطبوع: «وابن ابن»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٧).

(٣) في المطبوع: «يخلفه».

النصفُ بالبُتُوَّةِ، ونصف الباقي لولائها على نصف الأب، ولم تُذكر الصورة في « الوسيط »، ولا في « النهاية »، ومفهومه انحصارُ حقِّها في النصفِ والرُّبُعِ، وكلام الأصحابِ منهم الشيخُ أبو عليٍّ، وأبو خَلَفِ السَّلْمِيِّ^(١)، في صورة أخرى، يَنَازِعُ في هذا؛ فإنهم قالوا: لو اشترت أختانِ أباهما بالسويَّةِ، فَعَتَقَ عليهما، ثم مات الأب، فلهما الثلثانِ، والباقي بالولاءِ.

ولو ماتت إحداهما بعد موتِ الأبِ، فللأخرى النصفُ بالأخوةِ، ونصف الباقي بولائها على نصفِ الأختِ، بإعتاقِها نصف أبيها.

وأما الرُّبُعُ، فأطلقَ البغويُّ أنه لبيت المال، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمُّها^(٢) حرةً أصليَّةً، فأما إذا كانت معتقةً، فلموالي^(٣) الأمِّ ولأء الأختين، فإذا أعتقنا الأب، جَرَتْ كُلُّ واحدةٍ نصفَ ولأء أختها إلى نفسها، وهل تجرُّ ولأء نفسها وتسقط، أم يبقى لموالي الأمِّ؟ فيه خلاف سبق.

فإن قلنا: يَبْقَى، وهو الأصحُّ^(٤)، فالرُّبُعُ الباقي لموالي الأمِّ.

وإن قلنا: يَجْرُ ويسقط، فهو لبيت المال.

ولو ماتت إحدى الأختين، ثم مات الأب، وخَلَفَ^(٥) الأخرى، فلها سَبْعَةُ أَثْمَانِ مَالِهِ: النصفُ^(٦) بالبُتُوَّةِ، والرُّبُعُ؛ لأنها مُعتقة نصفه، ونصفُ الرُّبُعِ الباقي؛ لأنَّ لها نصفَ ولأءِ الأختِ بإعتاقها نصفَ أبيها، والثُّمْنُ الباقي لموالي الأمِّ إنْ كَانَتْ مُعتقة على الأصحِّ؛ لأنَّ نصفَ ولأءِ الميِّتة يبقى لهم^(٧).

وإن قلنا: لا يبقى، فهو لبيت المال، وهذه الصورة كالصورة التي ذكرها الغزاليُّ.

(١) هو محمد بن عبد الملك بن خلف السَّلْمِيِّ، نسبة إلى جدِّ له اسمه: سَلَمٌ، بفتح فسكون، أو إلى محلة « باب سَلَم ».

(٢) في المطبوع: « أمها »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٨).

(٣) في (ظ): « فلمولى ».

(٤) في المطبوع: « تبقى هي، وهو الأصح ».

(٥) في المطبوع: « وخلفت ».

(٦) في المطبوع: « والنصف ».

(٧) في المطبوع: « لها »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٨).

ولو اشترت الأب، وعَتَقَ عليهما، ثم أعتق عبداً، ومات العتيق بعد موته، وخَلَفَ البنتين، فجميع المال لهما؛ لأنهما مُعتقتا مُعتقه.

فَرَعٌ: أختان، أو أخوان ليس عليهما ولاء مباشرة^(١)، اشترت إحداهما بأبهما، فَعَتَقَ عليها، والأخرى أُمَّهُما، فَعَتَقَتْ عليها.

وتتصورُ المسألة: فيما لو غَرَّ عبدٌ بحرِّيَّة أُمِّه فنكحها وأولدها ولدَيْن، وفيما لو كانوا كُفَّاراً، فأسلمَ الولدان، واستَرْقَقْنَا الأبوين، فولاء الأبِ للتي اشترته.

فأمَّا إذا مات عنهما، فلهما الثلثان بالنبوة، والباقي لها بالولاء، وولاء الأم للتي اشترتها، فإذا ماتت عنهما، فلهما الثلثان، والباقي لها بالولاء، ولمشترية الأبِ الولاء على مُشترية الأم، فإذا ماتت مُشترية الأم، وخلفت^(٢) مُشترية الأب، فلها النصف بالأخوة [١٣٣١ / أ]، والباقي بالولاء، وهل لمشترية الأم الولاء على مُشترية الأب؟ فيه الوجهان فيمن عليه ولاء لمولى أمه إذا اشترى أباه، هل يبقى الولاء لموالي أمه، أم يسقط؟

فإن قلنا بالأصح: إنه يبقى، فلمُشترية الأم الولاء على مُشترية الأب، فإذا ماتت، فالحكم كما في الطرف الآخر.

وإن قلنا: يسقط، فلا ولاء لها على مشترية الأب، وإذا ماتت، فلها النصف بالأخوة^(٣)، والباقي لبيت المال.

ولو اشترت أباهما، ثم اشترت إحداهما والأب أباً الأب، وعَتَقَ عليهما، ثم مات الأب، فللبنتين الثلثان، والباقي لأبيه، فإن مات الجد بعده، فللبنتين الثلثان بالنبوة، والباقي نصفه للتي اشترته مع الأب، ونصفه الآخر بينهما؛ لإعتاقهما معتق نصفه.

ولو ماتت إحداهما بعد ذلك، وخلفت الأخرى، فعلى ما سبق.

(١) في المطبوع: « مباشر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٨).

(٢) في (أ): « وخلف ».

(٣) في (أ)، والمطبوع: « بالنبوة »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٣٩٩).

ولو اشترتا أمهما، ثم الأم أباهما، وأعتقته^(١)، فلهما عليها الولاء، ولها عليهما، لأنّها^(٢) مُعتقة أبيهما، فإن ماتت، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء، فإن مات الأب بعد ذلك، فلهما الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء؛ لأنهما مُعتقتا مُعتقه، فإن مات إحداهما بعد ذلك، فللأخرى النصف بالأخوة، ونصف الباقي؛ لإعتاقها نصف معتق أبيها، والباقي لبيت المال.

ولو اشترتا أباهما، ثم اشترت إحداهما والأب أخاهما للأب، فعتق نصفه على الأب، وهو معسر، فأعتقت المشتريه باقيه، فمات الأب، ورثه أولاده الثلاثة، فإن مات الأخ بعده، فلهما الثلثان بالأخوة، والباقي: نصفه للمشتريه^(٣)، وباقيه بين البنتين؛ لأنهما مُعتقتا الأب الذي هو معتق نصف الأخ، فالقسمة من اثني عشر: لمشتريه الأخ سبعة، والأخرى خمسة.

ولو ماتت التي لم تشتري الأخ أولاً، ثم مات الأب، ثم الأخ، فمال الميتة أولاً لأبيها^(٤)، ومال الأب لابنهِ وبنْتِه أثلاثاً، ومال الأخ نصفه للأخت الباقية بالنسب، ونصف باقيه لها بإعتاقها نصفه، والباقي، وهو الربع لمعتقتي الأب، فلهذه نصفه، ونصفه للميتة، فيكون لمواليها، وهم هذه الأخت، وموالي الأم إن كانت الأم مُعتقة، فيكون بينهما نصفين، فإن لم يكن للأم مولى، فلبيت المال.

فَرْع: أختان لا ولاء عليهما، اشترتا أمهما، فعتقت، ثم اشترت الأم وأجنبي أباهما، وأعتقاه، فللأختين الولاء على أمهما، ولها وللأجنبي على الأب، وعليهما.

فإن ماتت الأم، ثم الأب، ثم إحداهما، فأما الأم، فمالها لهما: ثلثاه بالبنوة، وباقيه بالولاء، وأما الأب، فلهما ثلثا ماله بالبنوة، وباقيه: للأجنبي نصفه، ولهما نصفه؛ لأنهما مُعتقتا معتقة^(٥) نصفه.

وأما الأخت، فالنصف من مالها للأخرى بالأخوة، ونصف الباقي للأجنبي؛

(١) في (ظ) «وأعتقت».

(٢) في (أ، س): «لأنه».

(٣) في المطبوع: «للمشتري».

(٤) في (ظ): «لأبيهما»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز / ١٣ / ٣٩٩).

(٥) في المطبوع: «معتقه».

لأنه أعتق نصف أبيها، والرُّبُع الباقي كان للأمّ، وهي ميتة، فيكون للأختين؛ لأنهما مُعْتَقَتَاهَا، فلأختِ الباقية نصفه، وهو الثُّمْنُ، ويرجعُ الثُّمْنُ الذي هو حصّةُ الميتة إلى مَنْ له ولاؤها، وهو الأجنبيُّ، والأمّ، ونصيبُ الأمّ يرجعُ إلى الحيّة والميتة، وحصّةُ الميتة إلى الأجنبيِّ، والأمّ، هكذا يدور ولا^(١) ينقطع؛ ولذلك سُمِّيَ: سَهْمُ الدَّوْرِ. وفيما يفعلُ به؟ وجهان.

قال ابنُ الحَدَّادِ: يجعلُ في بيتِ المالِ؛ لأنه لا يمكنُ صرفُهُ بنَسَبٍ، ولا ولاءٍ.

والثاني: يقطعُ السهمَ الدائر، وهو [١٣٣١ / ب] الثُّمْنُ، ويجعلُ كأن لم يكن، ويقسّمُ المالُ على باقي السهام، وهو سبعة؛ خمسةً للأختِ الباقية، وسهمانِ للأجنبيِّ، وَزَيْفَ الإِمَامِ^(٢) الوجهين، وقال: الوجهُ أن يفرّدَ النصفُ، ولا يدخله في حسابِ الولاء، وينظر في النصفِ المستحقُّ بالولاء، فنجد^(٣) نصفه للأمّ، ونصفه للأجنبيِّ، ومالُ الأمّ يصيرُ للأختين، ثم نصيبُ إحداهما: نصفه للأمّ، ونصفه للأجنبيِّ، ونصيبُ الأمّ للأختين، فَحَصَلَ أَنَّ للأجنبيِّ ضِعْفَ ما للأختِ، فيجعلُ المالَ ستة: للأختِ نصفُها بالنسبِ، ويبقى ثلاثة: للأجنبيِّ سهمانِ، وللأختِ سهمٌ، فَحَصَلَ^(٤) له الثلثُ، ولها الثلثانِ من الجملة، وبهذا قطع الغزاليُّ.

ونقل أبو خَلَفٍ الطبريُّ^(٥) عَنْ^(٦) أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ: أَنَّ سَهْمَ الدَّوْرِ لِبَيْتِ الْمَالِ، كما قال ابنُ الحَدَّادِ^(٧)، وإليه يميلُ كلامُ ابنِ اللَّبَّانِ^(٨).

أَمَّا إِذَا مَاتَتْ إِحْدَى الْأَخْتَيْنِ أَوَّلًا، ثُمَّ الْأُمُّ، فَمَالُ الْأَخْتِ لِأَبَوِيهَا، وَمَالُ الْأُمِّ لِلْبَنَاتِ؛ نِصْفُهُ بِالْبَنَوَةِ، وَلَهَا نِصْفُ الْبَاقِي؛ لِإِعْتَاقِهَا نِصْفَ الْأُمِّ، وَنِصْفُهُ الْبَاقِي لِلْأَبِ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ مُعْتَقَةِ النِّصْفِ.

(١) في المطبوع: « فلا ».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٠٤ - ٣٠٥).

(٣) في المطبوع: « فيحد »، المثبت موافق لما في (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٠٥).

(٤) في المطبوع: « فجعل ».

(٥) هو أبو خلف السَّلْمِيُّ، محمد بن عبد الملك بن خَلَفٍ.

(٦) في (ظ، أ): « أَنَّ ».

(٧) هو أبو بكر بن الحَدَّادِ، محمد بن أحمد.

(٨) هو أبو الحسين، محمد بن عبد الله البصري، المعروف بابن اللَّبَّانِ.

قال الشيخ أبو علي: وفي مثل هذه المسائل لا يورث بالزوجية إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية.

أمّا إذا مات الأب أولاً، ثم إحدى الأختين، ثم الأم، فمال الأب: ثلثاه للبتين بالأبوة، وباقيه بين الأم والأجنبي، ومال الأخت: للأم ثلثه، وللأخت نصفه، والباقي بين الأم والأجنبي؛ لأنهما مُعتقتا أبيهما، ومال الأم نصفه للبت الباقية بالبنوة، ولها من النصف الباقي نصفه؛ لأنها أعتقت نصفها، ونصفه الباقي حصّة البنت الميتة، فيكون لمواليها، وهم الأجنبي والأم، فللأجنبي نصفه، وهو الثمن، ويبقى ثمن يرجع إلى الأختين؛ لإعتاقهما الأم، وهو سهم دور، وفيه الخلاف السابق.

أمّا إذا مات البنتان أولاً، فمالهما لأبويهما، فإن مات الأب بعدهما، فماله للأم والأجنبي، فإن مات الأم بعده، فنصف مالها للأجنبي؛ لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبيت المال.

واعلم: أن الفرضيين قالوا: إنما يحصل الدور في الولاء بثلاثة شروط.

أن يكون للمعتق (١) ابنان (٢) فصاعداً.

وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعداً.

وأن لا يكون الباقي [منهم] حائزاً لمال [الميت]، فإن اختل أحد هذه الشروط، فلا دور.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بكتاب العتق، من الولاء، وغيره:

شخصان، كلٌ منهما مولى صاحبه من فوق ومن أسفل؛ بأن أعتق عبداً، فأعتق أبا المعتق.

أختان لأبوين، أعتقهما رجل، فاشتريتا أباهما، فلكل منهما نصف ولأبويها، ولا ولأبويهما (٣) على الأخرى؛ لأن عليهما ولأبويهما مباشرة.

(١) في (أ): «المعتق».

(٢) في (ط): «ابنين»، وفي (أ): «اثنين».

(٣) في المطبوع: «لأحدهما».

في « فَتَاوَى [الْقَفَال ^(١)] » إذا اشترى مكاتبَ بعض أبيه، عَتَقَ نصفَهُ، ولا يقوم عليه؛ لأنه لم يَعْتِقْ باختياره؛ بل عَتَقَ ضمناً.

وأنه إذا قال لمن له عبد مستأجر: أعتقه عني كذا، فأعتقه، نفذ قطعاً، بخلاف البيع؛ لقوة العتق، وكذا يجوز في المصوب والغائب إذا علم حياته.

وفي « فَتَاوَى الْقَاضِي حُسَيْن »: إذا ادَّعى عبدٌ على سيده العتق عند الحاكم، فحلَّفه، فلما أتمَّ يمينه، قال: قُمْ، يا حُرُّ! على وجه الشُّخْرية، حكمَ عليه بالحرِّية؛ لقوله ﷺ [١٣٣٢ / أ]: « ثَلَاثُ ^(٢) جِدْهَنْ جِدٌّ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ » ومنها: الْعِتَاقُ ^(٣).

وأنه لو كانت جاريته ^(٤) حاملاً، والحملُ مُضَغَّةٌ، فقال: أعتقتُ مضغَةً هذه الجارية، كان لغواً؛ لأن إعتاقَ ما لم يُنْفَخْ فيه الروحُ لغوٌ.

ولو قال: مُضَغَةٌ هذه الجارية حُرٌّ، فهو إقرار بأن الولدَ انعقدَ حُرّاً، وتصير الأمُّ به أُمٌّ وَلِدٍ.

قلت: ينبغي أن لا تصيرَ حَتَّى يقرَّ بوطئها؛ لأنه يحتمل أنه حُرٌّ مِنْ وَطْءِ أَجْنَبِيٍّ بِشُبْهَةٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) الْقَفَال: هو المروزي الصغير، عبد الله بن أحمد.

(٢) في المطبوع: « ثلاثة ».

(٣) أخرجه ابن عدي، وضعَّفه الحافظ في (بلوغ المرام برقم: ١١٠٢) بتحقيقي.

وأخرجه الحارث بن أبي أسامة كما في (بغية الباحث عن زوائد مسند الحارث برقم: ٥٠٣) من حديث عبادة بن الصامت رفعه: لا يجوز اللعبُ في ثلاث: الطلاق، والنكاح، والعتاق، فمن قالهنَّ فقد وَجَبَنَ. وضعَّف إسناده الحافظ في (بلوغ المرام برقم: ١١٠٣)، وقال في (التلخيص الحبير: ٣ / ٣٠٩): « وهذا منقطع ».

وأخرجه الطبراني من حديث فضالة بن عبيد. قال الحافظ في (التلخيص الحبير: ٣ / ٣٠٩): « وفيه ابن لهيعة ».

وقال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٨١ - ٨٤): « وفي حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: « ثلاث جِدْهَنْ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ: النكاح، والطلاق، والعتاق ».

هكذا وقع هذا الحديث في (الوسيط: ٥ / ٣٨٦)، وكذا وقع في بعض نسخ المذهب، وفي بعضها: « والرجعة بدل: « العتاق »، وهذا هو الصواب »، وانظر: (التلخيص الحبير: ٣ / ٢٠٩ - ٢١٠).

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « جارية ».

وأنه لو قال لعبده: إذا^(١) أخذك متغلبً، فقل: أنا حرٌّ، لا يعتق؛ بل هو أمرٌ بكذبٍ، وكان القاضي^(٢) يلقن عبده ذلك^(٣).

وأنه لو قال لعبده: أعتقك الله، أو الله أعتقك، فقل: يفرق بينهما؛ لأن الأول دعاءٌ، والثاني خبرٌ.

قال القاضي: وعندي لا يعتق فيهما. وقال العبادي: يعتق فيهما.

وفي «الزيادات» لأبي عاصم العبادي، رَحِمَهُ اللهُ: أنه إذا قال: مَنْ بَشَّرَنِي مِنْ عبيدي بقدوم زيد، فهو حرٌّ، فبعث بعض عبده عبداً آخرَ ليشره به، فجاء، وقال: عبدك فلانٌ يشرُّك بقدومه، وأرسلني لأخبرك، فالمبشرُ المرسلُ دون الرسولِ.

وأنه لو قال: إِنْ اشتريتُ عبدَيْنِ فِي صَفَقَةٍ، فَلِلَّهِ عَلَيَّ إِعْتَاقُهُمَا، فاشترى ثلاثةَ صَفَقَةٍ، لَزِمَهُ إِعْتَاقُ اثْنَيْنِ؛ لَوْجُودِ الصَّفَقَةِ.

[و] لو ولدتِ الزانيةُ، فملك الزاني بها ذلك الولد، لم يعتق عليه؛ لانتفاء نسبه.

وفي فروع حكاها الرُّوْيَانِيُّ^(٤)، عن والده^(٥)، وغيره، قال لعبده: أَنْتَ حُرٌّ مِثْلَ هَذَا الْعَبْدِ، وَأَشَارَ إِلَى عَبْدٍ آخَرَ، يَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَعْتَقَ؛ لَعَدَمِ حُرِّيَةِ الْمَشَبَّهِ بِهِ، وَيَحْمِلُ عَلَى حُرِّيَةِ الْخَلْقِ.

قلت: ينبغي أَنْ يَعْتَقَ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وأنه لو قال: أَنْتَ حُرٌّ مِثْلُ هَذَا، وَلَمْ يَقُلْ: هَذَا الْعَبْدُ، يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْتَقَا، وَالْأَصَحُّ^(٦) أَنَّهُمَا لَا يَعْتَقَانِ.

قلت: الصوابُ هنا: عِتْقُهُمَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) في المطبوع: «لو».

(٢) هو القاضي حُسين.

(٣) في المطبوع: «بذلك».

(٤) الرُّوْيَانِي: هو القاضي أبو المحاسن، عبد الواحد بن إسماعيل. سلفت ترجمته.

(٥) والده: هو إسماعيل بن أحمد بن محمد الرُّوْيَانِيُّ. سلفت ترجمته.

(٦) في (ظ، أ)، والمطبوع: «والأوضح»، المثبت من (س).

وأنه لو قال لغيره: أنت تعلم أن هذا العبد الذي في يدي حرٌّ، حكم بعثقه. ولو قال: تظنُّ أنه حرٌّ، لم يحكم بعثقه؛ لأنه لو لم يكن حرّاً لم يكن المقول له عالماً بحرّيته، وقد اعترف بعلمه، والظنُّ بخلافه.

ولو قال: ترى أنه حرٌّ، احتمل أن لا يقع، وأن يقع، والرؤية بمعنى العلم. قلت^(١): الصواب أنه لا يعتق. والله أعلم.

وأنه لو وكلَّ رجلاً في عتق عبدٍ، فأعتق الوكيل نصفه، فهل يعتق نصفه فقط، أم يعتق ويسري إلى باقيه، أم لا يعتق منه شيء؛ لمخالفته؟ فيه أوجه. أصحُّها: الأول.

وفي «جَمْع الجوامع» للرزوياني أنه لو كان عبدٌ بين شريكين، فقال رجلٌ لأحدهما: أعتق نصيبك عني بكذا، فأعتقه عنه، فولأؤه للأمير، ويقوم نصيب الشريك على المعتق، دون الأمير؛ لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو العوض الذي حصل له.

ولو قال أحدُ الشريكين للآخر: أعتق نصيبك عني بكذا، فأعتقه عنه، فولأؤه للأمير، ويقوم نصيب الأمير على المعتق، حكاة عن القاضي الطبري^(٢).

قلت: الصواب في صورتين أنه لا يقوم عليه، لأنه لم يعتق عنه. والله أعلم.



(١) كلمة: «قلت» ساقطة من (م).

(٢) هو القاضي أبو الطيب الطبري.

٧٩ - كتاب التدبير^(١)

فيه بابان:

الأول: في أركانه، وهي ثلاثة: المحل، والصيغة، والأهل.
أمّا المحل، فمعلوم.

وأما الصيغة، فينعتق التدبير بالصريح [١٣٣٢ / ب] وبالكناية^(٢)؛ فالصريح كقوله: أنت حرٌّ بعد موتي، أو أعتقتك، أو حرّرتك بعد موتي، أو إذا ميتٌ فأنت حرٌّ، أو عتيقٌ، فإذا مات عتق.

ولو قال: دبّرتك، أو أنت مدبرٌ، فالنصُّ أنه صريحٌ، ويعتق إذا مات السيد. ونصٌّ في «الكتابة» أن قوله: كاتبُك على كذا، لا يكفي حتّى يقول: فإذا أدّيت فأنت حرٌّ، وينويه.

وفيهما طريقان، فقليل: فيهما قولان.

أحدهما: صريحان؛ لاشتغالهما في معنيهما، كالبيع والهبة.

(١) التدبير: هو في اللغة: النظرُ في عواقب الأمور، وفي الشرع: تعليقُ عتقٍ يقع بعد الموت. ولفظه مأخوذ من الدبر؛ لأن الموتَ دبر الحياة. وقيل: لأنه لم يجعل تدبيره إلى غيره. وقيل: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه، وأمر آخرته بعته. وكان معروفاً في الجاهلية، فأقرّه الشرع. وقيل: إنه مبتدأ في الإسلام، ولا يستعمل التدبير في غير العتق من الوصايا، وقد دبّر المهاجرون والأنصار، وأجمع المسلمون على جوازه. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٤٠٧)، (ومغني المحتاج: ٤ / ٥٠٩)، (والنجم الوهاج: ١٠ / ٥٠٩)، (ونهاية المطلب: ١٩ / ٣٠٧)، (والموسوعة الفقهية: ١١ / ١٢٤).

(٢) في (ظ): «والكناية».

والثاني: كِنَايَتَانِ؛ لَخْلَوْهُمَا عَنْ لَفْظِ الْحَرِّيَّةِ وَالْعَتَقِ، وَالْمَذْهَبُ تَقْرِيرُ النَّصِّينِ.

والكناية كَقَوْلِهِ: خَلَيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي مَعَ نِيَّةِ الْعَتَقِ.

وَلَوْ قَالَ: دَبَّرْتُ نَصْفَكَ أَوْ رُبُعَكَ، صَحَّ. وَإِذَا مَاتَ، عَتَقَ ذَلِكَ الْجُزْءَ، وَلَمْ يَسِرْ.

وَلَوْ قَالَ: دَبَّرْتُ يَدَكَ، أَوْ رَجْلَكَ، فَهَلْ يَصَحُّ، وَيَكُونُ كُلُّهُ مُدَبَّرًا، أَمْ يَلْغُو؟ وَجِهَانِ.

وَنَصَّ فِي «الْأَمِّ»: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي أَوْ لَسْتُ^(١) بِحُرٍّ، لَا يَصَحُّ التَّدْبِيرُ، كَمَا لَا يَحْصُلُ الْعَتَقُ لَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ أَوْ لَسْتُ بِحُرٍّ، وَلَا الطَّلَاقُ إِذَا قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ، أَوْ لَسْتَ بِطَالِقٍ.

فَرَعٌ: يَصَحُّ التَّدْبِيرُ مُطْلَقًا، وَهُوَ أَنْ يَلْقَى الْعَتَقَ بِالْمَوْتِ، بِلَا شَرْطٍ. وَمَقْيَدًا بِشَرْطٍ فِي الْمَوْتِ، كَقَوْلِهِ: إِنْ قُتِلْتُ، أَوْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، أَوْ حَتَفَ أَنْفِي، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا، أَوْ فِي هَذَا الشَّهْرِ، أَوْ فِي هَذَا الْبَلَدِ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ مَاتَ عَلَى الصِّفَةِ الْمَذْكُورَةِ، عَتَقَ، وَإِلَّا، فَلَا.

وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ، وَمَضَى شَهْرٌ، أَوْ يَوْمٌ، فَأَنْتَ، حُرٌّ، أَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ، عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ بِيَوْمٍ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِنْشَاءٍ إِعْتَاقٍ بَعْدَ مَوْتِهِ. وَهَلْ هَذَا تَدْبِيرٌ مُطْلَقٌ، أَمْ مَقْيَدٌ، أَمْ لَيْسَ بِمُطْلَقٍ وَلَا مَقْيَدٍ، وَإِنَّمَا هُوَ تَعْلِيقٌ لَيْسَ بِتَدْبِيرٍ؟ فِيهِ أَوْجُه.

الصحيح: الثالث، وبه قال الأكثرون، منهم الشيخ أبو حامد، وابنُ كَجٍّ، وابنُ الصَّبَّاحِ، والرُّوْيَانِيُّ، قالوا: مَتَى عَلَّقَ الْعَتَقَ بِصِفَةٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، كَقَوْلِهِ: إِذَا مِتُّ، وَشِئْتَ الْحَرِّيَّةَ، أَوْ يَشَاءُ فَلَانٌ، أَوْ إِذَا مِتُّ ثُمَّ دَخَلْتُ^(٢)، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إِذَا خَدَمْتَ ابْنِي شَهْرًا، فَكُلُّ ذَلِكَ لَيْسَ بِتَدْبِيرٍ؛ بَلْ تَعْلِيقٌ.

وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ التَّدْبِيرِ؛ بِأَنْ يَقُولَ: إِذَا، أَوْ مَتَى دَخَلْتُ الدَّارَ، فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَلَسْتُ».

(٢) فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤١٠) زِيَادَةٌ: «الدَّار».

موتي، أو فأنت^(١) مُدَبِّرٌ، فإذا دخلَ، صار مُدَبِّراً، ولا يشترطُ الدخولُ في الحال، لكن يشترطُ حصوله في حياة السيد، كسائر الصفاتِ المعلقِ عليها، فإن مات السيدُ قبل الدخولِ، فلا تدبير، ولغاً التعليقُ، إلّا أن يصرَحَ فيقول: إذا دخلت الدار بعد موتي، أو إذا متُّ، ثم دخلت الدارَ، فأنت حُرٌّ، فإنما يَعْتَقُ حينئذ بالدخول بعد الموت.

وللإمام^(٢) احتمالٌ في تعليقِ العتقِ بالدخول بعد الموتِ، وذكرَ أن القاضي^(٣) رَمَزَ إليه، ولا تشترطُ المبادرةُ إليه بعد الموت؛ بل مَتَى دَخَلَ، عَتَقَ.

ولو قال: إذا متُّ ودخلت الدارَ، فأنت حُرٌّ، قال البغوي^(٤): يشترطُ الدخولُ بعد الموت، إلّا أن يريدَ الدخول قبله.

ولو قال: إذا متُّ فدخلت الدارَ، أو إذا متُّ فأنت حُرٌّ إن دخلت الدارَ، فعلى ما سنذكره، إن شاء الله تعالى في التعليق بالمشيئة.

ولو قال الشريكان لعبيدهما: إذا متنا فأنت حُرٌّ، لم يَعْتَقُ حَتَّى يموتا؛ إمّا معاً، وإمّا مرتباً [١٣٣٣ / أ]، ثم إن ماتا معاً، فالحاصل عِتْقٌ؛ لحصولِ الصَّفَةِ، لا تدبيرٍ؛ لأنه معلقٌ بموته وموتِ غيره. والتدبيرُ: أن يعلقَ بموتِ نفسه.

وقيل: إنه عِتْقٌ تدبيرٍ؛ لاتصاله بالموتِ، والصحيحُ: الأولُ.
وإن ماتا مُرتَّباً، فوجهان.

أحدهما: ليس بتدبيرٍ، والصحيح: أنه إذا مات أحدهما، صار نصيبُ الثاني مُدَبِّراً؛ لتعلقِ العتقِ بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبِي منك مُدَبِّرٌ، ونصيبُ الميتِ لا يكون مُدَبِّراً، وهو بين الموتين للورثة، فلهم التصرفُ فيه بما لا يُزيلُ المِلْكَ، كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه؛ لأنه صارَ مستحقَّ العتقِ بموتِ الشريك. وكذا إذا قال: إن دخلت الدارَ بعد موتي، فأنت حُرٌّ، فليس للوارث بيعه بعد الموت وقبل الدُخول؛ إذ ليس له إبطالُ تعليقِ الميتِ، وإن كان للميت أن يُبْطَلَهُ،

(١) في المطبوع: «أنت».

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٨).

(٣) هو القاضي حُسين.

(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٠٧ - ٤٠٨).

كما لو أوصى لرجل بشيء، ومات، ليس للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه. وكذا من أعار، له الرجوع في العارية.

ولو قال: أعيروا داري لفلان بعد موتي شهراً، وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث [الرجوع] عن هذه العارية، هذا هو الصحيح.

وفي صورتين وجه: أنه يجوز للورثة بيعه.

وفي كسب العبد بين موتيهما وجهان.

أحدهما: أنه معدود من تركة الميت.

وأصحهما: أنه للوارث خاصة.

قال في «الأم»: ولو قالاً لعبدتهما: أنت حبيس على آخرنا موتاً، فإذا مات: عتقت، فهو كما لو قالاً: إذا متنا، فأنت حر، إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول، وهنا^(١) هي للآخر، وكذا الكسب، وكأن أولهما موتاً أوصى بهما لآخرهما موتاً.

ولو قال أحدهما: إذا مت، فأنت حر، فإذا مات، عتق نصيبه، ولم يسر.

فزع: قال لعبد: أنت حر إن شئت، فإنما يعتق إذا شاء على الفور، وقيل: لا يشترط الفور، والصحيح: الأول.

ولو علق التدبير بمشيئة العبد، فقال: أنت مدبر إن شئت، أو دبرتك إن شئت، أو قال: إن شئت فأنت مدبر، أو: فأنت حر إذا مت، أو متى مت، فلا يصير مدبراً إلا بالمشيئة، والصحيح اشتراط الفور فيها. فلو قال: متى شئت، أو مهما شئت، لم يشترط الفور، ويصير مدبراً متى شاء.

وفي الحالتين تشترط المشيئة في حياة السيد، كسائر الصفات المعلقة عليها، إلا إذا علق صريحاً بمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت، ولا يمنع الامتناع في الحياة من المشيئة بعد الموت.

ثم ينظر في لفظ التعليق؛ فإن قال: أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت، أو

اقتصر على قوله: إِنَّ شِئْتُ، وقال: أردتُ بعد الموتِ، فقال الإمام^(١)، والغزالي: لا يشترطُ الفورُ بعد الموتِ، ونفى الإمامُ الخلافَ في ذلك؛ لأنها إذا تأخرتْ عن الخطاب، واعتبرتْ بعد الموتِ، لم يكن لاشرطاً اتصالها^(٢) بعد الموتِ معني؛ ولهذا لا يشترطُ في قبول الوصية.

وفي « التهذيب »^(٣)، وغيره وجهان فيما لو قال: إِذَا مِتُّ وشِئْتُ بعد موتي، فأنت حرٌّ، أَنَّ المشيئةَ على التراخي^(٤)، أم يشترطُ الفور؟ والصورة كالصورة.

ولو قال: إِذَا مِتُّ فشِئْتُ، فأنت حرٌّ، ففي اشتراط [١٣٣٣ / ب] اتصال المشيئة بالموتِ وجهان.

الأصح: الاشتراط، وبه أجاب الأكثرون؛ لأن (الفاء) للتعقيب، ويجري الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إِنْ دخلت الدارَ فكَلِّمتَ زيداً، فأنت طالق، هل يشترطُ اتصال الكلام بالدخول؟

ولو قال: إِذَا مِتُّ فَمَتَى شِئْتُ، فأنت حرٌّ، لم يشترطُ اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف.

ولو قال: إِذَا مِتُّ، فأنت حرٌّ إِنْ شِئْتُ، أو إِذَا شِئْتُ، أو قال: أنت حرٌّ إِذَا مِتُّ إِنْ شِئْتُ، فيحتملُ أَنْ يرادَ بهذا اللفظ: المشيئة في الحال، وتحتملُ المشيئة بعد الموت، فيراجع، ويعمل بمقتضى إرادته، فَإِنْ قال: أَطْلَقْتُ، ولم أُنوِ شيئاً، فثلاثة أوجه. الأصح: حَمْلُهُ على المشيئة بعد الموت، وبه أجاب الأكثرون، منهم العراقيون، وشرطوا أَنْ تكونَ المشيئة بعد الموتِ على الفور، ومقتضى ما سبق عن الإمام، والغزالي: أَنْ لا يشترطُ الفور.

والثاني: حَمْلُهُ على المشيئة في الحياة وبعد الموت؛ لأن الموت متردد بينهما، فتكفي المشيئة في حياة السيد، ويشترطُ الفور على الصحيح.

والثالث: تشترطُ المشيئة في الحياة، فَإِنْ لم يتحققا، لم يحصلُ يقينُ العتق،

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٦).

(٢) في المطبوع: « اتصالهما ».

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٠٨).

(٤) في المطبوع: « التراضي »، تحريف.

وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إذا دخلت الدار، فأنت طالق إن كلمت فلاناً، أيعتبر الكلام بعد الدخول، أم قبله؟ قال الإمام^(١): ونشأ من هذا المنتهى إشكال فيما لو قال لعبد: إن رأيت عينا، فأنت حر، والعين لفظ مشترك بين الباصرة، والدينار، وعين الماء، ولم ينو المعلق شيئاً، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئاً منها؟ فيه تردد، والوجه: أنه يعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئين في مسألة المشيئة. ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة كالمسألة، فلا إلزام، وإن كانت كهي، فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة، أو بعد الموت، كمسألة العين، وهذا وجه غير الثلاثة.

ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يحمل جميع معانيه، ولا يحمل عند الإطلاق على كلها، ويمكن أن يؤمر بتعيين أحدها، ومتى اعتبر في المشيئة بعد الموت الفور فأخرها، بطل التعليق، وإذا لم تعتبر كما في قوله: فأنت حر متى شئت، فقال القاضي أبو حامد: تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع، فللورثة بيعه. وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت، يُعرض عليه الدخول، كما يقال للموصي له: اقبل^(٢)، أو رد. وهل للورثة بيعه قبل المشيئة وعرضها عليه؟ فيه الخلاف السابق في الفرع الماضي.

فروع^(٣): قال: إن شاء فلان وفلان، فعبدي حر بعد موتي، لم يكن مدبراً حتى يشاء جميعاً.

ولو قال: إذا مُت، فشئت، فأنت مدبر، فهذا لغو، وكذا لو قال: إذا مُت فدبروا هذا العبد.

ولو قال: إذا مُت فعبد من عبيدي حر، ومات، ولم يبين، أقرع بينهم. قال في «الأم»: لو قال: إذا قرأت القرآن بعد موتي، فأنت حر، لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن.

ولو قال: إذا قرأت قرآناً، عتق بقراءة بعض^(٤) القرآن.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٦).

(٢) في المطبوع: «أقبل».

(٣) في المطبوع: «فرع».

(٤) كلمة: «بعض» لم ترد في (أ، س).

الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الْأَهْلُ، فلا يصحُّ تدبيرُ مجنونٍ، ولا صبيٍّ لا يميزُ، ولا مميّزٍ على الأظهر، فإنَّ صحَّحناه، صحَّ رجوعه بالقول، إنَّ جوْزنا الرجوعَ عن التدبيرِ بالقول، وفيه وجْهٌ.

وإنَّ قلنا: لا يمكنُ^(١) الرجوعُ بالقول، فالتصرُّف الذي يحصل به الرجوعُ، لا يصحُّ منه، لكنَّ يَقُومُ الوليُّ [١٣٣٤ / أ] مقامه، فإذا رأى المصلحةَ في بيعه، باعه، وبطلَ التدبيرُ.

ويصحُّ تدبيرُ المحجورِ عليه بسفَهٍ على المذهب، وقيل: قولان، كالمميّز، فإنَّ صحَّحنا، فرجوعه كما ذكرنا في المميّز، وتدبيرُ المحجورِ عليه بفلسٍ، كإعتاقه، وقد سبقَ في «التفليس».

وفي تدبير السَّكران الخلافُ السابقُ في سائر تصرُّفاته.

وفي تدبير المرتدِّ أقوالٌ مبنيةٌ على ملكه، إنَّ قلنا: باقٍ، صحَّ تدبيره، وإنَّ قلنا: زال، فلا. وإنَّ قلنا: موقوفٌ، فتدبيره موقوفٌ؛ إنَّ أسلم، بأنَّ صحَّته، وإنَّ مات مرتدًّا، بأنَّ فساده.

وحكي قولٌ في بطلان تدبيره على قول الوقفِ.

ثم قال ابنُ سَلَمَةَ: الأقوالُ إذا حَجَرَ القاضي عليه، فأما قبله، فيصحُّ قطعاً.

وقال أبو إسحاق: هي قبل الحَجْرِ، فأما بعده، فلا يصحُّ قطعاً.

وقال غيرُهما بطردِ الأقوالِ في الحالين. وقد سبق في «الرِّدَّة» أن البَغْوَيَّ جعل الوقفَ أصحَّ.

وروى بعضهم أنَّ الشافعيَّ رضي الله عنه قال: أشبهُ الأقوالِ بالصَّحَّةِ زوالُ المِلْكِ بنفسِ الرِّدَّةِ، وبه أقولُ.

ولو دَبَّرَ عبداً، ثم ارتدَّ، فنُلِثُ طرق. أصحُّها وهو الذي رجَّحه ابنُ كَچِّ، والعراقيُّون، وبه قال أبو إسحاق: لا يَبْطُلُ التدبيرُ قطعاً، فإذا مات مرتدًّا، عَتَقَ

(١) في المطبوع: «يملك» بدل: «لا يمكن»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤١٥).

العبد؛ صيانةً لِحَقِّ العبد عن الضياع، كَحَقِّ الغُرماء، وكما لا يبطلُ بيعه وسائر عقودِه.

والثاني: يبطلُ قطعاً؛ لأنه لو بقي، لنفذَ من الثلث، وما نفذَ من الثلث، اشترطَ فيه بقاءُ الثلثين للورثة، وهذا ضعيفٌ، وعلى هذا: تبطلُ وصايا المرتدِّ.

والثالث، وبه قال ابنُ سَلَمَةَ: يبنى على أقوال^(١) المَلِكِ؛ إن بقي، فالتدبيرُ باقٍ، وإن زال، بطلَ، وإن وقفَ وقف^(٢)، فإن قلنا بالبطلان، فأسلم، عادَ مَلِكُهُ، وعادَ التدبيرُ على المذهب. وقيل: قولان، كَعُودِ الحِنثِ، كما لو باعَ مُدَبَّرًا، ثم مَلَكَهُ.

وإن أَبَقِينَا التدبيرَ، عَتَقَ المُدَبَّرُ من الثلث، وجعلَ الثلثانِ فيئاً.

وفي وجه: يَغْتَقِي كُلُّهُ، ورعايةُ الثلثِ والثلثين يختصُّ بالميراثِ.

ولو ارتدَّ المُدَبَّرُ، قُتِلَ، كَالْقِنِّ، لكن لا يَبْطُلُ التدبيرُ بالردَّةِ، كما لا يبطلُ الاستيلاءُ والكتابةُ بالردَّةِ. فلو مات السيدُ قبلَ قَتْلِهِ، عَتَقَ.

ولو التحقَ المرتدُّ بدارِ الحربِ، فَسَيِّ، فهو على تدبيره، ولا يجوزُ استرقاقُه؛ لأنه إن كان سيده حيّاً، فهو له، وإن مات، فولأؤه له، ولا يجوزُ إبطاله، فإن كان سيده ذميّاً، ففي جوازِ استرقاقِ عتيقه خلافٌ سبقَ.

ولو استولى الكفارُ على مُدَبَّرٍ مسلمٍ، ثم عادَ إلى يدِ المسلمين، فهو مُدَبَّرٌ كما كان.

فَرْعٌ: الكافرُ الأصليُّ، يصحُّ تدبيرُه، وتَغْلِيْقُهُ العتقَ بصفَةٍ، كما يصحُّ استيلاءُه، سواءً الكتابيُّ، والمجوسيُّ، والوثنيُّ، والحربيُّ، والذميُّ. ولا يمنعُ الكافرُ مِنْ حَمْلِ مُدَبَّرِهِ ومستولَدَتِهِ الكافرين إلى دارِ الحربِ، سواء جَرى التدبيرُ في دارِ الإسلامِ، أو دارِ الحربِ، وليس له حَمْلُ مكاتِبِهِ الكافرِ قهراً؛ لظهورِ استقلالِهِ.

ولو دَبَّرَ كافرٌ عبداً كافراً، ثم أسلمَ العبدُ؛ فإن رجَعَ السيدُ عن التدبيرِ بالقولِ، وجوَزَناه، يَبْعُ عليه، وإلّا، ففي بيعه قولان منصوصان في « الأم ».

(١) في (ظ): « الأقوال ».

(٢) كلمة: « وقف » ساقطة من المطبوع.

أحدهما: يباعُ عليه، ويطلُّ التدبير؛ دفعاً لإذلاله.

وأظهرهما: لا يباعُ؛ بل يبقى التدبير؛ لتوقع الحرّية، ولكن يخرج من يده، ويجعلُ [١٣٣٤ / ب] في يد عدلٍ، ويصرفُ كسبهُ إليه، كما لو أسلمتُ مستولدته، فإن خرج سيدهُ إلى دار الحرب، أنفقَ من كسبه عليه، وبعث ما فضل إلى السيد، فإذا مات، عتقَ من الثلث، فإن بقي منه شيءٌ للورثة، بيعَ عليهم.

ولو أسلم مكاتبُ الكافر، ف قيل: قولان كالمدبر، والمذهب أنه لا يباعُ؛ بل تبقى الكتابة؛ لانقطاع سلطنة^(١) السيد، واستقلاله، فإن عجزه السيد، بيعَ عليه.

فزع: إذا دبرَ أحدُ الشريكين نصيبه، فالمشهور أنه لا يسري، ولا يقومُ عليه نصيبُ شريكه، فإن مات، وعتق نصيبه، لم يسر أيضاً إلى نصيب الشريك؛ لأن الميت معسر، بخلاف ما إذا علّق عتق نصيبه بصفة فوجدت، وهو موسر، يسري.

وفي قول: يسري، وحكي هذا وجهاً.

ولو دبرَ بعضُ عبده الخالص، صحَّ، ولا سراية، ويجيء فيه الخلاف في نصيب الشريك، وأولى.



(١) في المطبوع: «سلطة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤١٨).

الباب الثاني في حكم التدبير

وله حُكمان: ارتفاعه، وسرايته إلى الولد.

الأول: ارتفاعه، ويرتفع بخمسة أمور.

الأول: إزالة الملك، فللسيد إزالة الملك عن المُدبّر بالبيع، والهبة، والوصية وغيرها، سواء كان التدبير مطلقاً، أو مقيّداً، وإذا زال الملك عنه ببيع، ونحوه، ثم عاد إلى ملكه، فهل يعود التدبير؟ يُبنى على أن التدبير وصية للعبد بالعتق، أم هو تعليق عتق بصفة؟ وفيه قولان.

القديم، وأحد قولي الجديد: وصية.

والثاني، وهو نصّه في أكثر كتبه: تعليق بصفة، وهذا هو الأظهر عند الأكثرين، فإن قلنا: وصية، لم يعد التدبير، كما لو أوصى بشيء، ثم باعه، ثم ملكه.

وإن قلنا: تعليق، فعلى الخلاف في عود الحنث، وقد سبق أن الأظهر أنه لا يعود، فحصل أن المذهب أنه لا يعود التدبير.

الثاني: لو رجع عن التدبير باللفظ، كقوله: رجعت عنه، أو فسخته، أو أبطلته، أو رفعتها، أو نقضته، فإن قلنا: وصية، صح الرجوع، وإلا، فلا. وسواء التدبير المطلق والمقيّد.

وقيل: يختص الخلاف بالمطلق، ويقطع في المقيّد بمنع الرجوع، والمذهب: الأول.

ولو قال : أعتقوا فلاناً عني إذا مُتُّ، جازَ الرجوعُ باللفظِ، كسائر الوصايا .

ولو ضمَّ إلى الموتِ صفةَ أخرى، بأنَّ قال : إذا مُتُّ، فدخلت الدارَ، فأنت حرٌّ، لا يجوزُ الرجوعُ باللفظِ قطعاً، وإنما الخلافُ في التدبيرِ .

فَرَعٌ : إذا وهبَ المدبِّرُ، ولم يقبضهُ، إن قلنا : التدبيرُ وصيّةٌ، حصلَ الرجوعُ، وإن قلنا : تعليقٌ، لم يحصلَ على الصحيح، وإن اتَّصلَ بها القبضُ، وقلنا : يملكُ بالقبضِ، انقطعَ التدبيرُ، وإن قلنا : يَتَبَيَّنُ الملكُ من حين الهبة، قال الإمام^(١) : ففي انقطاع التدبيرِ من حين الهبة تردُّدٌ . وكذا لو باعَ بشرط الخيار، وقلنا : يزيلُ الملكُ، فهل يبطلُ التدبيرُ قبل لزوم البيع ؟ فيه تردُّدٌ .

والذي أطلقه البغوي^(٢) : أنَّ البيعَ بشرط الخيار يبطلُ التدبيرَ على القولين .

ولو باع نصفَ المدبِّرِ، أو وهبَ وأقبضَ، بطلَ التدبيرُ في النصفِ المبيعِ، أو الموهوبِ، وبقي في الباقي، وهل يبطلُ التدبيرُ بالرهن^(٣) ؟ قيل : يبطلُ، وقيل : لا، [١٣٣٥ / ١] والمذهبُ قولان ؛ بناءً على أنه وصيّةٌ أو تعليقٌ ؟ ومجرّدُ الإيجابِ في الهبة والرهْن ؛ إن جعلناه وصيّةً، كان على الخلاف في أنه رجوعٌ في الوصيّةِ، وإن جعلناه تعليقاً، فلا أثرَ له، ولا يبطلُ التدبيرُ بالاستخدام، والتزويجُ بلا خلاف، وإذا جعلناه وصيّةً، بطلَ بالعَرَضِ على البيع، وسائر ما ذكرناه في « باب الوصيّة »، لكنَّ الوطءَ ليس رجوعاً عن التدبيرِ، وإن جعلناه وصيّةً، سواءً عَزَلَ، أم لا، بخلاف الوصيّةِ .

فإن استولدها، فالصحيحُ الذي قطعَ به الجمهورُ بطلانُ التدبيرِ ؛ لأنَّ الاستيلادَ أقوى، فيرتفعُ به الأضعفُ، كما يرتفعُ النكاحُ بملكِ اليمينِ ؛ ولهذا لو دَبَّرَ مستولدتَهُ، لم يصحَّ ؛ لأنها تستحقُّ العتقَ بالموتِ بجهةٍ أقوى من التدبيرِ .

وقيل : لا يبطلُ التدبيرُ، ويكونُ لعتقها بالموتِ سببان .

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٩ / ٣٢٨) .

(٢) انظر : (التهذيب : ٨ / ٤١١) .

(٣) في المطبوع : « في الرهن » .

وقيل : لا يبطل ؛ بل يدخل في الاستيلاء ، كالحديث في الجنابة^(١) .

ولو كاتب المدبر ، ففي ارتفاع التدبير وجهان ؛ بناءً على أنه وصية ، أم تعليق .
إن قلنا : وصية ، ارتفع ، وإلا ، فلا ، فيكون^(٢) مُدَبَّرًا مُكَاتَبًا ، كما لو دَبَّرَ مكاتبًا ، فإن
أَدَّى النجوم ، عَتَقَ بالكتابة ، وإن مات السيد قبل الأداء ، عَتَقَ بالتدبير ، فإن لم يحتمله
الثُلث ، عَتَقَ قَدْرُ الثُلث ، وبقيت الكتابة في الباقي ، فإذا أَدَّى قِسْطه ، عَتَقَ ، وهذا
نصُّ الشافعي رحمه الله ، وبه قطع الشيخ أبو حامد^(٣) ، وجماعة .

وقال القاضي أبو حامد^(٤) : يسأل عن كتابته ، فإذا أراد بها الرجوع عن التدبير ،
ففي ارتفاعه القولان ، وإلا ، فهو مُدَبَّرٌ مكاتب قطعاً .

وخرَّج الإمام على الخلاف في الكتابة ، ما لو عَتَقَ عِتْقَ المُدَبَّر بصفة ؛ لأنه لو
أوصى به ، ثم عَتَقَ عِتْقَهُ بصفة ، كان رجوعاً ، وقطع البغوي^(٥) بأنه يصحُّ التعليقُ
بالصفة ، ويبقى التدبير بحاله ، كما لو دَبَّرَ المملوك عِتْقَهُ بصفة ، يجوز^(٦) .

ثم إن وجدت الصفة قبل الموت ، عَتَقَ ، وإن مات قبلها ، عَتَقَ بالتدبير .

فروع : قال : رجعت عن التدبير في نصفه ، أو رُبُعِه ، بقي التدبير في جميعه ، إن
قلنا : لا يكفي الرجوع باللفظ ، وإلا فيبقى في باقيه فقط .

نص في « الأم » أنه إذا دَبَّرَ ، ثم خرس ، فإن لم يكن له إشارة مفهومة ،
ولا كتابة ، فلا مطلع على رجوعه .

وإن كانت له إشارة ، أو كتابة ، فأشار بالبيع ونحوه ، ارتفع التدبير .

وإن أشار بنفس الرجوع ، فعلى الخلاف .

ولو دَبَّرَ مكاتباً ، صحَّ ، فإن أَدَّى النجوم قبل موت السيد ، عَتَقَ بالكتابة ، وبطل

(١) في (ظ) : « الجنابة » .

(٢) في (ظ) : « يكون » .

(٣) الشيخ أبو حامد : هو الإسفراييني ، أحمد بن محمد . سلفت ترجمته .

(٤) القاضي أبو حامد : هو المروزي ، أحمد بن بشر . سلفت ترجمته .

(٥) انظر : (التهذيب : ٨ / ٤١١) .

(٦) في المطبوع : « تجوز » .

التدبير. ولو عَجَزَ نفسه، أو عَجَزَه سيده، بَطَلَتِ الكتابةُ، وبقي التدبيرُ.
ولو مات السيدُ قَبْلَ الأداءِ والتعجيز، عَتَقَ بالتدبير إن احتمله الثلثُ.
قال الشيخ أبو حامد: وتَبْطُلُ الكتابةُ.

قال ابن الصَّبَّاح: وعندي أنه يتبعُهُ ولده وكسبُهُ، كما لو أعتقَ السيدُ مكاتبَه قبل الأداء، فكما لا يملكُ إبطال الكتابة بالإعتاق، فكذا بالتدبيرِ.
قال: ويحتملُ أن يريدَ بالبطْلان: زوالَ العقد دون سقوطِ أحكامه.

الأمرُ الثالثُ: إن لم نجوِّز الرجوعَ عن التدبير باللفظ، فإنكارُ السيدِ التدبيرَ ليس برجوع، وإن جَوَّزناه، فهل هو رجوعٌ؟ وكذا إنكارُ [١٣٣٥ / ب] الموصي الوصيَّة، والموكِّل الوكالة، هل هو رجوعٌ؟ ثلاثة أوجه.
أحدها: نَعَمْ؛ لأن هذه العقود غُرْضَةٌ للفسخ^(١).

ولو قال: لستَ بمَدْبِرٍ، أو لستَ بوكيلٍ، أو ليس هذا موصى به، وجبَ القطعُ بارتفاع هذه العقود، فكذا إذا قال: لم أدبِّر، ولم أوكِّل، ولم أوصِ.
والثاني: لا؛ لأنه كَذِبٌ فلم يؤثر.

والثالث، وهو الأصحُّ المنصوص: ترتفعُ الوكالة؛ لأن فائدتها العظمى تتعلق بالموكِّل، ولا يرتفعُ التدبيرُ والوصيَّة؛ لأنهما عقدانِ يتعلَّقُ بهما غرضُ شخصين، فلا يرتفعانِ بإنكارِ أحدهما، وإنكارُ البيعِ الجائر ليس فسْخاً، وفيه احتمال.
ولو أنكرَ الزوجيَّة، فليسَ بطلاقٍ على الأصحِّ.

ولو ادعت على زوجها طلاقاً رجعيّاً، فأنكرَ، لم يكن إنكارُهُ رَجْعَةً بالاتفاق.
وإذا ادَّعى على سيده التدبيرَ، أو العتقَ بِصِفَةٍ، سُمِعَتِ الدعوى على المذهب.
وقيل: يسمعُ العتقُ بِصِفَةٍ، وفي التدبيرِ الخلافُ.

وفي شهادةِ الحِسْبَةِ على التدبيرِ الخلافُ في سماعِ الدعوى، وردُّ الشهادةِ أُولَى؛ لأن موضعَ شهادةِ الحِسْبَةِ أن يُثْبِتَ الله تعالى حَقَّ مجحودٍ، فيشبهه الشاهدُ حِسْبَةً.

ثم إذا توجَّهت الدعوى، وأنكرَ السيدُ، فله إسقاطُ اليمين عن نفسه؛ بأن يقول: **إِنْ كُنْتُ دَبَّرْتُهُ فَقَدْ رَجَعْتُ عَنْهُ**، إذا جَوَزْنَا الرجوعَ باللفظِ، وكذا لو قامت به بَيِّنَةٌ، وحكمَ به الحاكم، فله الدفع بهذا الطريقِ على هذا القول.

ولو ادعى على الورثة أَنَّ مورَثَهُم دَبَّرَهُ، وأنه عَتَقَ بموته، حلفوا على نفي العلم.

ولا يثبتُ التدبيرُ إِلَّا بشهادة رجلين؛ لأنه ليس بمالٍ، وثبتَ الرجوعُ برجل وامرأتين، وشاهدٍ ويمين؛ لأنه مالٌ، وفيه وجه ضعيف؛ لأنه ينفي الحرية.

الرابع: مجاوزةُ الثلث، فَعَتَقَ المُدَبِّرُ مُعْتَبِرٌ من الثلثِ بعد الديون، فلو كان على الميتِ دينٌ مستغرقٌ للتركة، لم يَعْتَقُ منه شيءٌ، وإن لم يكن دينٌ، ولا مالٌ سواه، عَتَقَ ثُلُثَهُ، وإن كان دينٌ يستغرقُ نصفَه بيعَ نصفه في الدين، وَيَعْتَقُ ثُلثَ الباقي منه.

وفي «تعليقة إبراهيم المَرْوُذِي^(١)» أَنَّ الحيلةَ في عَتَقِ الجميع بعد الموت، وإن لم يكن له مالٌ سواه؛ أَنْ يقولَ: هذا العبدُ حُرٌّ قَبْلَ^(٢) مرضِ موتي بيوم، وإن مُتُّ فجأةً، فقبلَ موتي بيوم، فإذا مات بعد التعليقين بأكثرَ من يوم، عَتَقَ من رأسِ المالِ، ولا سبيلَ عليه لأحدٍ.

ولو اقتصرَ على قوله: «أنتَ حُرٌّ قَبْلَ موتي بيوم أو شهر»، فإذا مات، نُظِرَ:

إِنْ كان في أولِ اليوم، أو الشهر قبلَ الموت مريضاً، اعتبرَ عَتَقُه من الثلثِ، وإن كان صحيحاً، فَمِنْ رأسِ المالِ، ولا فرقَ في اعتبارِ التدبيرِ من الثلثِ، بينَ أَنْ يَقَعَ التدبيرُ في الصَّحَّةِ، أو في المرضِ، كالوصيَّةِ.

فَرْعٌ: دَبَّرَ عبداً، وماتَ، وباقى مالُه غائبٌ عن بلدِ الورثة، أو دَيْنٌ على معسرٍ، فلا يَعْتَقُ جميعُ المُدَبِّرِ، وهل يَعْتَقُ ثُلُثُهُ؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنَّ الغيبةَ لا تزيدُ على العَدَمِ. ولو لم يكن إِلَّا العبدُ، لَعَتَقَ ثُلُثَهُ، فعلى هذا: ثُلثُ أكسابِهِ بعد موتِ السيدِ له، ويوقَفُ الباقي.

وأصْحُهُما: لا يَعْتَقُ حَتَّى يَصَلَ المالُ إلى الورثة؛ لأن في تنجيزِ العتقِ تنفيذَ

(١) في المطبوع: «المروزي»، تحريف.

(٢) في (ظ): «بعد»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٢٨).

التبرع قبل تسليط الورثة [١٣٣٦ / أ] على الثلثين، فعلى هذا: تُوقَفُ الأكسابُ؛ فإن حَضَرَ الغائبُ، بَانَ أَنَّهُ عَتَقَ، وَأَنَّ الأكسابَ له.

ويقال: الخلاف قولان.

الأول: مُخَرَّجٌ.

والثاني: منصوصٌ. فإذا كانت قيمة المدبرِ مئةً، والغائبُ مِثْلَانِ، فحضرَ مِئَةٌ، فعلى الأول: يَعْتَقُ ثُلَاثَاهُ.

وعلى الثاني: نصفُهُ؛ لحصولِ مثليه للورثة، فإن حضرَت مِئَةٌ وتلفَتِ المِئَةُ الأخرى، استقرَّ العتقُ في ثُلُثِيهِ، وتسلَّطَتِ الورثةُ على ثُلْثِهِ وعلى المِئَةِ.

وفي طريقة الصَّيدلانيّ؛ تفرعاً على أَنَّهُ يَعْتَقُ من المدبرِ ثُلْثَهُ، أَنَّ للوارثِ التصرُّفَ في الثلثين، فإن حضرَ الغائبُ نقضَ تصرُّفَهُ. وأَنَّهُ لو أعتَقَ^(١) الثلثين، ولم يحضرِ الغائبُ، فولأى الثلثين له. وإن حضرَ، فعن ابنِ سُرَيْجٍ: أَنَّ الجوابَ كذلك، وَأَنَّ فيه وجهاً: أن جميعَ الولاء للميت؛ بناءً على أن إجازةَ الوارثِ تنفيذٌ، أم ابتداءً عطيةً؟ واشتدَّ إنكارُ الإمام^(٢) على هذا، وقال: إعتاقُ الورثة ردٌّ للتدبير، ولا سبيلَ إليه بسبب غيبة المال؛ بل الوجهُ التوقُّفُ، فإن حضرَ الغائبُ، بَانَ نفوذُ العتقِ في الجميع، ولكن مُستنداً^(٣) إلى وقتِ الموتِ، أم عندَ حصولِ القدرة؟ فيه احتمالان.

أوجهُهما: الأولُ.

قال: ولو كانت التركة بحيث يفي ثُلُثُهَا بالمدبرِ، لكن عليه دَيْنٌ مستغرق، فأبرأ مستحقَّ الدَّينِ عن الدَّينِ بعد أيامٍ من الموتِ، فيستندُ^(٤) العتقُ إلى وقتِ الموتِ، أم يتنَجَّزُ من وقتِ سقوطِ الدَّينِ؟ فيه احتمالان.

أصْحُهُما: الثاني^(٥).

(١) كلمة: « أعتق » وردت مكررة في المطبوع.

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٣).

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « مستند »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٢٩).

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « فيسند »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٢٩).

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣١٤).

ولو كان له دَيْنٌ على إنسان ليس له غيره، فأبرأ عنه في مرض الموت، أو عن ثلثه، هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين؟ فيه الخلاف.

الأصح: المنع.

ويجري الخلاف فيما لو مات عن ابنين، ولم يترك إلا ديناً على أحدهما، هل يبرأ من عليه الدين من نصفه؟

ولو أوصى بعين^(١) مالٍ يخرج من الثلث، وباقي ماله غائب، هل يسلم إلى الموصي له ثلث العين، أم ينتظر حضور الغائب؟ فيه الخلاف، وقد سبق في «الوصايا».

ولو أوصى بثلث ماله، وبعضه حاضر، وبعضه غائب، أو عين ودَيْن دفع إلى الموصي له ثلث الحاضر والعين، وما حصل بعده قسم كذلك.

فزع: إذا علّق عتق عبد بصفة، فوجدت في مرض موته، نظّر:

إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا في المرض، كقوله: إن دخلت الدار في مرض موتي، فأنت حرّ، أو إذا مرضت مرض الموت، فأنت حرّ، اعتبر عتقه من الثلث. وإن احتمل وجودها في الصحة والمرض، فهل يعتق من رأس المال، أم الثلث؟ قولان.

أظهرهما: الأول، هذا إن وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره، اعتبر من الثلث؛ لأنهم قالوا: لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حرّ، فدخلها في مرضه، اعتبر العتق من الثلث؛ لأنه اختار حصول العتق في مرضه.

ولو باع الصحيح محاباة، وشرط الخيار، ثم مرض في مدّة الخيار، ولم يفسخ حتى مات، اعتبر المحاباة من الثلث؛ لأنه لزم العقد في المرض باختياره، فأشبه من وهب في الصحة، وأقبض في المرض.

قلت: إنما يظهر هذا إذا قلنا: المِلْك في مدّة الخيار للبائع، وترك [الفسخ] عامداً، لا ناسياً. والله أعلم.

فروع^(١): عتق عبد بصفة [١٣٣٦ / ب] وهو مطلق التصرف، فوجدت وهو محجور عليه بفلس، عتق إن اعتبرنا حال التعليق، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة، فهو كاعتاق المفلس.

ولو وجدت الصفة، وهو مجنون، أو محجور عليه بسفه، عتق بلا خلاف، ذكره البغوي^(٢)، وفرق بأن حَجَرَ المريض والمفلس؛ لِحَقِّ الغَيْر، وهو الورثة والغرماء، بخلاف السفه والجنون.

ولو قال: إن جُنِنْتُ فأنت حرٌّ، فجَنَّ، ففي العتق وجهان، حكاها صاحب «الإفصاح»^(٣)، وقد يخرج هذا فيما لو كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت في الجنون.

ولو قال: إن مرضتُ مرضاً مخوفاً فأنت حرٌّ، فمرض مرضاً مات فيه، عتق العبد من الثلث على الصحيح.

وقيل: من رأس المال.

ولو مرض مرضاً مخوفاً، وبرأ منه، عتق من رأس المال.

وقيل: لا يعتق؛ أخذاً من الخلاف فيمن حُجَّ عنه، وهو معضوب^(٤)، [فبرأً، وهذا ضعيف].

الأمر الخامس: جناية المُدَبِّر. اعلم: أنَّ الجناية على المُدَبِّر، كهي على القن^(٥)، فإن قُتِلَ، فللسيد القصاص أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يدبره، وإن جُنِيَ على طَرَفِهِ، فللسيد القصاص والأرض، ويبقى التدبير بحاله.

أمَّا جناية المُدَبِّر، فهو فيها كالقن أيضاً، فإن جُنِيَ بما يوجب القصاص، فاقصص

(١) في المطبوع: « فرع ».

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤١٣).

(٣) صاحب الإفصاح: هو أبو علي الطبري. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٥٥٥).

(٤) في (أ) زيادة: « من رأس المال ».

(٥) القن: هو عند الفقهاء: مَنْ لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق، ومقدماته، بخلاف المكاتب، والمُدَبِّر، والمعلق عتقه على صفة، والمستولدة (تهذيب الأسماء واللغات: ٣ / ٥٣١).

منه، فات التدبير، وإن جنى بموجب للمال^(١)، أو عُفي عن القصاص، فللسيد أن يفديه، وأن يسلمه ليبيع في الجناية، فإن فداه، بقي التدبير. وهل يفديه بأرض الجناية، أم بالأقل من قيمته والأرض؟ فيه القولان السابقان في القرن.

وإن سلمه للبيع، فبيع جميعه، بطل التدبير، فإن عاد إلى ملكه، ففي عود التدبير الخلاف السابق في أول الباب، وإن حصل الغرض ببيع بعضه، بقي التدبير في الباقي.

وإن مات السيد قبل البيع، واختار الفداء، فطريقان.

أصحهما: [أن] حصول العتق على الخلاف في نفوذ عتق الجاني، فإن نفذناه أخذ الفداء من تركة السيد، ويكون الفداء أقل الأمرين بلا خلاف؛ لأنه تعذر تسليمه للبيع، وإن لم نفذه، فالوارث بالخيار بين أن يفديه، فيعتق من الثلث، أو يسلمه للبيع.

وإن كان في ثلث المال سعة، فإذا بيع، بطل التدبير. وقد سبق في « البيع » أن المذهب أن إعتاق الجاني ينفذ من الموسر دون المعسر.

والطريق الثاني: أنه إن وفي الثلث بقيمة الرقبة والفداء، لزم الورثة تحصيل العتق، وإلا فيخرج على هذا الخلاف.

ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلاً، ومات السيد، ففداه الوارث من ماله، ففي ولاء ذلك الثلث وجهان: هل هو للوارث، أو المورث؛ بناءً على أن إجازة الوارث تنفيذ أم عطية؟. ولو جنت مدبرة، ولها ولد صغير، وقتلنا بسراية التدبير إليه، فوجهان. أحدهما: يبيع الولد معها؛ حذراً من التفريق، ولا يبالي بفوات التدبير فيه. والثاني، يبيعها وحدها، ويحتمل التفريق للضرورة؛ حفظاً للتدبير في الولد، وهو كالخلاف فيمن رهن الجارية دون الولد، واحتجنا إلى بيعها للدين، هل يباع معها؟

الحكم الثاني: السراية إلى الولد، يجوز وطء المدبرة والمعلق عتقها بصفة؛ لكمال الملك، ونفاذ التصرف، فإن أولدها [١٣٣٧ / ١] صارت مستولدة، وبطل التدبير على الأصح، كما سبق.

وفائدة الخلاف فيما لو قال : كُلُّ مُدَبِّرٍ لِي حُرٌّ، هل تَعْتِقُ هي ؟

ولو أتت المدبِّرة بولد من نكاح أو زنى، سرى التدبيرُ إليه على الأظهر عند الأكثرين، منهم الشيوخان: أبو حامدٍ، والقفالُ، وهو مذهب مالك، وأبي حنيفة، وأحمد، رحمهم الله، كما يتبع ولدُ المستولدة، والأضحىة والهذبي أُمُّه.

قلتُ: بل الأظهرُ عند الأكثرين أنه لا يتبعها^(١). والله أعلم.

ولو ولدت المعلقُ عتقها بصفة، لم يتبعها الولدُ على الأظهر، وولدُ الموصى بها لا يتبعها على المذهب. وقال الشيخ أبو محمد: يحتمل طرد القولين، فإذا جعلنا ولدَ المدبِّرة مُدَبِّرًا، فماتت في حياة السيد، لم يبطل التدبيرُ في الولد، كما لو دَبَّرَ عبدان، فمات أحدهما قبل السيد، وكما لو ماتت المستولدة لا يبطل حق الولد.

ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما باللفظ، وجوزَّاه، أو باع أحدهما، لم يبطل التدبيرُ في الآخر.

ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما فوجهان.

أصحُّهما، وبه قال ابنُ الحَدَّاد: يقرعُ بينهما، كعبدان ضاق الثلث عنهما.

والثاني: يقسم العتق عليهما؛ لئلا تخرج القرعة على الولد، فيعتق، ويرقُّ الأصل.

وإذا قلنا: المعلقُ عتقها بصفة يتبعها الولد، فمعناه أنَّ الصفة إذا وجدت فيها، وعتقت، عتق الولد، ولا تعتبر الصفة فيه. ولو وجدت الصفة منه، فلا أثر لها. هذا هو الصحيح المعروف في المذهب.

وقال الشيخ أبو محمد: مُقتضى سريّة التعليق أنَّ يتعلّق^(٢) عتقه بنفس الصفة، وهي دخول الدار مثلاً، فعلى هذا: لا يعتق هو بدخولها، ويعتق بدخوله.

ولو بطلَ التعليق فيها بموتها، بطلَ في الولد. ومُقتضى قول الشيخ أبي محمد أنَّ لا يبطل فيه.

(١) في (ظ) زيادة: « ومنهم (الر) كذا عند الشيخ ألف، لام، راء، ولعله أراد: الرافعي رحمه الله؛ فإنه ذكر في « المحرر » أنَّ الولد لا يتبعها، وكذا صححه صاحب التنبيه. »

(٢) كلمة: « يتعلّق » ساقطة من المطبوع.

ولو قال لأُمِّهِ: أنتِ حُرَّةٌ بعد موتي بعشرِ سنين مثلاً، فإنما تَعْتِقُ^(١) بعد مضيِّ تلك المدة من يومِ الموتِ، فلو ولدَتْ قبلَ موتِ السيدِ، فهل يتبعُها الولدُ في حكم الصفةِ؟ فيه القولان.

وإنْ ولدَتْ بعد موتِ السيدِ وقبلَ مضيِّ المدَّة، فقد نصَّ الشافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ يتبعُها، فقليل: فيه القولان كما قبلَ الموتِ، وإنما فرَّعَ على أحدهما.

وقيل: يتبعُها قطعاً؛ لتأكُّدِ سببِ العتق؛ إذ ليس للوارث التصرفُ فيها، فأشبهت المستولدة، فعلى هذا: يَعتِقُ الولدُ من رأسِ المالِ كولدِ المستولدة، وأمَّا ولدُ المدبِّر، فلا يؤثرُ تدبيرُ أبيه فيه، وإنما يتبعُ الأمَّ في الرقِّ والحرِّية.

فرَّع: هذا الذي ذكرناه في ولدِ المدبِّرة، هو فيما إذا حَدَثَ بعد التدبير، وانفصلَ قبلَ موتِ السيد، فأما إذا كانت حاملاً عند موتِ السيد، فَيَعتِقُ معها الحَمْلُ بلا خلاف، كما لو أعتقَ حاملاً، فإن لم يحتملْها الثلثُ حاملاً، عَتَقَ منها قدرُ الثلث.

وكذا المعلقُ عتقها على صفةٍ لو كانت حاملاً عند وجودِ الصفة.

ولو كانت المدبِّرة حاملاً عند التدبير، فطريقان.

أحدهما: أنه على القولين في أَنَّ الحَمْلَ [١٣٣٧ / ب] هل يعرفُ؟ إن قلنا: نعم، وهو الأظهر، فالولدُ مُدبَّرٌ، وإلَّا ففيه القولان في الولدِ الحادث، والمذهبُ القطعُ بأنه مُدبَّرٌ.

وإن قلنا: لا يعرفُ الحَمْلُ، كما يدخلُ في البيع. وإن قلنا: لا يعرفُ، وليس هو بِسراية التدبير؛ بل اللَّفْظُ يتناوله؛ وإنما يعرفُ كونه موجوداً عند التدبير، إذا ولدَتْه لدونِ ستة أشهر؛ فإنْ ولدَتْه لأكثرَ من أربع [سنين] من وقتِ التدبير، فهو حادث، وإنْ ولدَتْه لِمَا بينهما، نُظِرَ:

هل لها زوجٌ يفتَرشُها، أم لا؟ وقد سبقتُ نظائره في مواضع.

وإن كان لها زوجٌ قد فارقها قبلَ التدبير، وولدتْ لدونِ أربعِ سنين من وقتِ الفراق، فالأظهرُ أنه يجعلُ موجوداً يومَ التدبير، كما يجعلُ موجوداً في ثبوتِ النسبِ من الزوج.

فَرَعٌ: إذا ثَبَتَ التَّدْبِيرُ فِي الْحَمْلِ، ثُمَّ انْفَصَلَ، فَرَجُوعُ السَّيِّدِ فِي التَّدْبِيرِ عَنْ أَحَدِهِمَا لَا يَرْفَعُ التَّدْبِيرَ فِي حَقِّ الْآخَرِ.

وإن رَجَعَ قَبْلَ الْانْفِصَالِ عَنْ تَدْبِيرِ الْحَمْلِ، وَجَوَزْنَا الرُّجُوعَ بِاللَّفْظِ، ارْتَفَعَ التَّدْبِيرُ فِيهِ، وَبَقِيَ فِي الْأُمِّ.

وقيل: لَا يَصْخُ الرُّجُوعُ فِيهِ مَا دَامَ حَمْلًا مَعَ بَقَاءِ التَّدْبِيرِ فِي الْأُمِّ، وَالصَّحِيحُ: الْأَوَّلُ.

وإن رَجَعَ فِي تَدْبِيرِ الْأُمِّ، نَظَرُ:

إن قَالَ: رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِهَا دُونَ الْوَلَدِ، لَمْ يَخَفْ حُكْمُهُ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ.

أحدهما: يَتَّبِعُهَا فِي الرُّجُوعِ، كَمَا يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ.

وأصَحُّهُمَا: لَا يَتَّبِعُهَا، كَالرُّجُوعِ بَعْدَ الْانْفِصَالِ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؛ فَإِنَّ فِيهِ مَعْنَى الْعَتَقِ، وَلِلْعَتَقِ قُوَّةٌ.

وإذا رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا دُونَ الْوَلَدِ، ثُمَّ وَلَدَتْ لَدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الرُّجُوعِ، فَهُوَ مُدَبِّرٌ. وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ، وَلَهَا زَوْجٌ يَفْتَرِشُهَا، لَمْ يَكُنْ مُدَبِّرًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ وَجُودَهُ قَبْلَ الرُّجُوعِ.

فَرَعٌ: لَوْ دَبَّرَ الْحَمْلَ وَحْدَهُ، جَازَ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ، وَلَا يَتَعَدَّى إِلَى الْأُمِّ، فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ، عَتَقَ الْحَمْلُ دُونَ الْأُمِّ.

فإن بَاعَ الْأُمُّ، فَوَجْهَانِ.

أحدهما: أَنَّهُ إِنْ قَصَدَ بِهِ الرُّجُوعَ، حَصَلَ الرُّجُوعُ، وَصَحَّ الْبَيْعُ فِي الْأُمِّ وَالْحَمْلِ.

وإن لَمْ يَقْصِدْ، لَمْ يَخْصُلِ الرُّجُوعُ، فَلَا يَصْخُ الْبَيْعُ فِي الْوَلَدِ، وَيَنْطَلُ فِي الْأُمِّ عَلَى الْأَصَحِّ، كَمَا لَوْ بَاعَ حَامِلًا بِحُرٍّ.

وأصَحُّهُمَا: صَحَّةُ الْبَيْعِ فِيهِمَا، وَحَصُولُ الرُّجُوعِ، قَصْدَ أُمِّ لَا، كَمَا لَوْ بَاعَ الْمَدَبِّرُ نَاسِيًا لِلتَّدْبِيرِ، صَحَّ الْبَيْعُ وَالرُّجُوعُ.

فَرُغَ: لو دَبَّرَ أَمَةً، وقلنا: وَلَدَ الْمُدَبِّرَةُ مُدَبَّرٌ، وجَوَزْنَا الرجوعَ عن التدبيرِ باللفظ، فقال: إذا وَلَدَتْ، أو كَلَّمَا وَلَدَتْ وَلَدًا فقد رجعتُ في تدبيره، لم يصحَّ الرجوعُ، فإذا وَلَدَتْ، كان مُدَبَّرًا حَتَّى يرجعَ بعد الولادة؛ لأنَّ الرجوعَ لا يصحُّ إلا بعد ثبوت التدبير، ولا يثبتُ للولد قبل الولادة، فصار كما لو قال: إذا دَبَّرْتُكَ فقد رجعتُ عن تدبيرك، فلا يصحُّ الرجوعُ.

فَرُغَ: إذا قلنا: وَلَدَ الْمُدَبِّرَةُ مُدَبَّرٌ، وتنازعَ السيدُ والمُدَبِّرَةُ فيه، فقال السيدُ: وَلَدَتْه قبل التدبير، فهو قَيْنٌ، وقالت: بعده، صُدِّقَ السيدُ بيمينه.

ولو جرى هذا الخلاف مع الوارث بعد موت السيد، صُدِّقَ الوارث أيضاً.
قال البغوي^(١): وتسمَعُ دعوها لولدها^(٢) حِسْبَةً، حَتَّى لو كانت قِنَّةً، وادَّعت على السيد أنك دَبَّرْتَ ولدي، سُمِعَتْ.

ولو قالت: وَلَدَتْه بعد موت السيد، فهو حُرٌّ، وقال الوارث [١٣٣٨ / ١]: بل قبل التدبير، صُدِّقَ الوارثُ على الصحيح. وقيل: تصدَّقُ هي؛ لأنها لم تعترف للورثة بِيَدٍ، ولا مِلْكٍ.

ولو كان في يَدِ المدبِّرِ مالٌ، وقال: كسبته بعد موت السيد، فهو لي، وقال الوارث: بل قبله فهو لي، صُدِّقَ المدبِّرُ بيمينه؛ لأنَّ اليَدَ له، بخلافِ دعوها الولد؛ لأنها تزعمُ أنه حُرٌّ، والحُرُّ لا يدخلُ تحتَ اليَدِ.

ولو أقامَ كُلُّ واحدٍ بَيِّنَةً بدعوها، رَجَحَتْ بَيِّنَةُ المدبِّرِ؛ لاعتضادها باليد.

ولو أقامَ الوارثُ بَيِّنَةً أَنَّ هذا المال كان في يد المدبِّرِ في حياة السيد، فقال المدبِّرُ: كان في يدي، لكن كان لفلان، فملكته بعد موت السيد، صُدِّقَ المدبِّرُ أيضاً، نصَّ عليه.

ولو تنازعَ السيدُ والمستولدة في ولدها، هل وَلَدَتْهُ قبل الاستيلاد، أم بعده؟ أو الوارث والمستولدة، هل وَلَدَتْهُ قبل موت السيد، أم بعده؟ فهو على ما ذكرنا في تنازع السيد والمُدَبِّرَةِ.

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤١٧).

(٢) كلمة: «لولدها» ساقطة من المطبوع.

فإذا قلنا بسراية الكتابة إلى الولد، فقالت المكاتبة: ولدته بعد الكتابة، وقال السيد: بل قبلها، صدق السيد أيضاً على الأصح، وقيل: بل المكاتبة؛ لأنها يثبت لها [اليد على نفسها وولدها.

ولو اختلف السيد والمكاتبة في المال، صدق المكاتب، كالمدبر.

فصل: دبر عبداً، ثم ملكه أمة، فوطئها، وأولدها، فإن قلنا: العبد لا يملك بالتمليك، فالولد للسيد، ويثبت نسبه من العبد، ولا حدّ عليه؛ للشبهة، نصّ عليه. وإن قلنا: يملك بالتمليك، فالجارية للمدبر، ولا يحكم للولد بحرية؛ لأنه حصل من رقيقين. وهل يتبع الأم، ويكون رقيقاً للسيد، أم يتبع الأب، فيكون مدبراً؟

فرع: أمة لرجلين، دبّراها، فأنت بولد، فادّعاه أحدهما، فهو ابنه، ويضمن نصف قيمتها، ونصف قيمته، ونصف مهرها لشريكه، وأخذ قيمتها يكون رجوعاً في التدبير.

وقال القاضي أبو الطيّب: عندي أنه لا يقوم نصيب الشريك إلا برضاه؛ لأنه ثبت له حق الولاء فيه.

فرع: قول المدبر في حياة السيد وبعد موته: ردّدت التدبير، لغو، لا يقدح فيه. وبالله التوفيق.



٨٠ - كِتَابُ الْكِتَابَةِ (١)

لا يجبُ على السيد أن يكتَبَ عبده، وحكى صاحب «التقريب» (٢) قولاً: أنها واجبةٌ إذا طلبها العبدُ؛ لقولِ الله تعالى: ﴿فَكَاتِبُكُمْ﴾ [النور: ٣٣] والمشهورُ: الأولُ، وبه قطعَ الجماهيرُ، كما لا يجبُ التدبيرُ وشراءُ القريبِ، والآيةُ محمولةٌ على النَّدْبِ، فتستحبُّ الإجابة إذا طلبها العبدُ، وكان أميناً قادراً على الكَسْبِ، فإنْ فَقِدَ الشرطان، لم تُستحبَّ، ولكن لا تُكرَهُ؛ لأنها قد تُفضي إلى العتق.

وقال ابنُ القَطَّان: تُكرَهُ، والصحيحُ: الأولُ.

وإنْ فَقِدَتِ الأمانةُ، وَقَدَرَ على الكَسْبِ، لم تُستحبَّ على الصحيح.

وقيل: تُستحبُّ دون الاستحباب مع الشرطين، وإن كان أميناً بلا كَسْبٍ، لم تُستحبَّ على الأصحَّ.

(١) الكتابة: الأشهر في كافها الكسر، وهي: تعليق عتق بصفة تضمنت معاوضةً منجّمةً، ولفظها إسلاميٌ لا يعرف في الجاهلية، وهي معدولة عن القياس؛ لأنها بيع ماله بماله، سُمِّيت كتابة للعرف الجاري بكتابة ذلك في كتاب توثقه.

وقيل: مشتقة من الكتَبِ، وهو الضمُّ والجمعُ؛ إذ فيها ضمُّ نجمٍ إلى نجم.

والنجم: الوقت الذي يحلُّ فيه نجم مال الكتابة، سميت بذلك؛ لأن العرب ما كانت تعرف الحساب والكتابة، وإنما تعرف الأوقات بالنجوم، وهي ثمانية وعشرون نجماً منازل القمر، فسميت باسمها مجازاً.

قيل: وأول من كوتب عبد لعمر يقال له: أبو أمية. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٣٥)، و(فتح العزيز: ١٣ / ٤٤١ - ٤٤٢)، و(مغني المحتاج: ٤ / ٥١٦)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٥٣١)، و(الموسوعة الفقهية: ٣٨ / ٣٦٠ - ٣٦١).

(٢) صاحبُ التقريب: هو أبو الحسن، القاسم بن القفال الشاشي الكبير.

ولو طلب السيد الكتابة، فامتنع العبد، لم يجبره.
وفي الكتاب ^(١) بابان.

الأول: في أركان الكتابة، وهي أربعة:

الأول: الصيغة، وهي أن يقول لعبده: كَاتَبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ مِثْلًا [١٣٣٨ / ب]
تُؤَدِّيهِ إِلَيَّ فِي نَجْمَيْنِ ^(٢) مثلاً، أو أكثر، فإذا أَدَيْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فيقول العبد: قَبِلْتُ.
ولو لم يصرِّح بتعليق الحرية بالأداء، لكن نواه بقوله ^(٣): كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا،
صَحَّتْ الكتابة أيضاً، فإن لم يصرِّح بالتعليق، ولا نواه، لم تصح ^(٤)، ولم يحصل
العتق.

ومنها مَنْ خَرَجَ مِنَ التَّدْبِيرِ قَوْلاً: أَنَّ لَفْظَ الكتابة صَرِيحٌ مُغْنٍ عَنِ التَّصْرِيحِ
بالتعليق ونيته، وقد سبق في « التدبير » عن أبي إسحاق أنه قال: إِنْ كَانَ الرَّجُلُ
فَقِيهًا، صَحَّتْ كِتَابَتُهُ بِمَجْرَدِ اللَّفْظِ، وَإِلَّا، فَلَا بَدَّ مِنَ التَّعْلِيْقِ، أَوْ نِيَّتِهِ، وَالْمَذْهَبُ:
الأول.

والفرقُ بَيْنَ التَّدْبِيرِ وَالتَّكَاثُفِ: أَنَّ التَّدْبِيرَ مَشْهُورٌ بَيْنَ الْخَوَاصِّ وَالْعَوَامِّ،
والتَّكَاثُفُ لَا يَعْرِفُهَا الْعَوَامُّ، وَقَدْ نَقَلُوا عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهُ قَالَ عَلَى هَذَا: لَوْ كَانَ
قَرِيبَ الْإِسْلَامِ، أَوْ جَاهِلًا بِالْأَحْكَامِ لَا يَعْرِفُ التَّدْبِيرَ، لَمْ يَنْعَقِدْ تَدْبِيرُهُ بِمَجْرَدِ لَفْظِهِ
التَّدْبِيرِ، حَتَّى تَنْضَمَ إِلَيْهِ نِيَّةٌ، أَوْ زِيَادَةٌ لَفْظٍ.

وَحُكْيَ وَجْهٌ: أَنَّهُ إِنْ ذَكَرَ مَا تَتَمِيزُ [بِهِ] الْكِتَابَةُ عَنِ الْمُخَارَاجَةِ، كَقَوْلِهِ:
تَعَامَلْنِي، أَوْ أَضْمَنْ لَكَ أَرْشَ الْجَنَايَةِ، أَوْ تَسْتَحِقَّ ^(٥) مِنِّي الْإِيْتَاءَ، أَوْ مِنْ النَّاسِ [سَهْمَ
الرَّقَابِ]، فَيَكْفِي عَنْ تَعْلِيْقِ الْحَرِيَّةِ بِالْأَدَاءِ. وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَكْفِي قَوْلُهُ: كَاتَبْتُكَ
وَحْدَهُ، كَمَا إِذَا قَالَ: بَعْتُكَ كَذَا وَلَمْ يَذْكُرْ عَوَضًا.

(١) في المطبوع: « الكتابة ».

(٢) نجمين: النجم في الأصل: الوقت، يقال: كانت العرب لا يعرفون الحساب، ويبنون أمورهم على
طلوع النجوم والمنازل، فيقول أحدهم: إِذَا طَلَعَ نَجْمٌ الثَّرِيًّا أَدَيْتُ مِنْ حَقِّكَ كَذَا، فَسَمَّيْتُ الْأَوْقَاتَ
نَجُومًا، ثُمَّ قَدْ يَسْمَى الْمُؤَدَّى فِي الْوَقْتِ نَجْمًا (فتح العزيز: ١٣ / ٤٥٣).

(٣) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٤٣): « بقلبه » بدل: « بقوله ».

(٤) في المطبوع: « يصح ».

(٥) في المطبوع: « يستحق ».

فَرَّعَ: قال: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلَ، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَثَبَتَ الْأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ، وَهُوَ كَقَوْلِهِ لَزَوْجَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلَتْ.

ولو قال: إِنْ أُعْطِيتَنِي أَلْفًا، أَوْ أُدِّيتَ لِي أَلْفًا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَلَا يُمْكِنُهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ. فَلَوْ أَعْطَاهُ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ، هَلْ يَعْتَقُ؟ وَجِهَانِ.

أَصْحُهُمَا: لَا.

وَالثَّانِي: نَعَمْ، فَعَلَى هَذَا: هَلْ سَبِيلُهُ سَبِيلُ الْكَتَابَةِ الْفَاسِدَةِ، أَمْ تَعْلِيْقُ مَحْضٌ؟ وَجِهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ، رَدَّ السَّيِّدُ مَا أَخَذَ، وَرَجَعَ عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَتِهِ، وَتَبَعَهُ كَسْبُهُ وَأَوْلَاؤُهُ الْحَاصِلَةُ بَعْدَ التَّعْلِيْقِ.

وإن قلنا: تعلیق، فهل يرجع عليه بقيمته؟ وجهان.

أَصْحُهُمَا: لَا، وَلَا يَتَّبَعُهُ الْكَسْبُ وَالْوَلَدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَزَوْجَتِهِ: إِنْ أُعْطِيتَنِي أَلْفًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَعْطَتْهُ مَغْضُوبًا، وَقُلْنَا: تَطْلُقُ؛ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا أَهْلٌ لِلتَّزَامِ وَقْتَ الْمَخَاطَبَةِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ.

فَرَّعَ: قَالَ لِعَبْدِهِ: بَعْتُكَ نَفْسَكَ بِكَذَا، فَقَالَ: اشْتَرَيْتُ، أَوْ قَالَ الْعَبْدُ: بِغْنِي نَفْسِي بِكَذَا، فَقَالَ: بَعْتُكَ، صَحَّ الْبَيْعُ، وَثَبَتَ الْمَالُ فِي ذِمَّتِهِ، وَعَتَقَ فِي الْحَالِ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ.

وَذَكَرَ الرَّبِيعُ^(١) قَوْلًا: أَنَّهُ لَا يَصَحُّ. فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ أَثْبَتَهُ قَوْلًا ضَعِيفًا، وَمِنْهُمْ مَنْ نَفَاهُ، وَقَالَ: هُوَ تَخْرِيجٌ لَهُ، فَعَلَى الْمَذْهَبِ: لِلْسَّيِّدِ الْوَلَاءُ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ سَبَقَ.

وَلَوْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِأَنَّهُ بَاعَهُ نَفْسَهُ، فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ، عَتَقَ بِالْإِقْرَارِ، وَحَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ نَفْسَكَ بِهَذِهِ الْعَيْنِ، أَوْ بِخَمَرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا بَيْعَهُ لَهُ، وَأَثْبَتْنَا الْوَلَاءَ لِلْسَّيِّدِ، عَتَقَ، وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكَ عَلَى

(١) الربيع: هو ابن سليمان المرادي. قال المصنف في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٧): «واعلم: أن الربيع حيث أطلق في كتب المذهب، المراد به: المرادي، وإذا أرادوا الجيزي: قيّدوه بالجيزي».

خمر، أو خنزير، فإن قلنا: لا ولاء عليه، لم يَصَحَّ، ولم يَعْتَقَ، كما لو باعه لأجنبيٍّ بخمر.

ولو قال: وهبْتُ لك نفسك، أو مَلَكْتُكَ، فَقَبِلَ، عَتَقَ.

ولو أوصى له بربقته، فَقَبِلَ بعد الموتِ، عَتَقَ.

واعلم: أَنَّ الإعتاقَ على عَوْضٍ، وبيَعَ العبدُ نفسه^(١)، يشاركان الكتابةَ في أَنَّ كلَّ واحدٍ منها يتضمَّنُ إعتاقاً بعَوْضٍ، ويفارقانها في الشروطِ والأحكامِ، وهما عقدان مستقلَّان.

الركن الثاني [١٣٣٩ / أ]: العَوْضُ، وشروطُهُ ثلاثة:

الأول: كونه دِيناً مَوْجَلاً؛ إذ لا قُدْرَة له في الحال.

فلو ملك^(٢) بعضَ شخصٍ، باقيه حُرّاً، وكاتبه في ملكه بدين حالٍّ، لم يَصَحَّ على الأصحَّ. وقيل: يَصَحُّ؛ لأنه يملكُ ببعضه الحُرَّ، فلا يتحقَّقُ عجزه، ولهذا يَصَحُّ البيعُ لمعسرٍ؛ لأنَّ الحريةَ مَظَنَّةُ المِلْكِ، وإن لم يملك شيئاً آخر. فلو زاد الثمنُ على قيمة المبيع، فالصحيحُ الصحةُ، وبه قطع الجمهورُ؛ لأنه قد يجد مَنْ يشتريه بقدرِ الثمن، فيؤدِّي ذلك. وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً: أنه لا يَصَحُّ البيعُ، والحالة هذه.

ولو أسلمَ إلى مكاتبه عقبَ عقدٍ^(٣) الكتابة، ففي صحته وجهان، حكاهما القاضي حُسين.

الثاني: أَنْ ينجَمَ نجمين فصاعداً. ومَنْ بعضه رقيقٌ، هل يشترطُ في كتابة الرقيقِ منه التنجيمُ؟ وجهان، كالتأجيلِ، وهل^(٤) تجوزُ [الكتابةُ] على مالٍ كثيرٍ إلى نجمين قصيرين، أو إلى طويلٍ وقصيرٍ، بشرطِ أداءِ الأكثر في القصيرِ؟ وجهان.

أصحُّهما: نَعَمْ؛ لإمكانِ القدرة، كما لو أسلمَ إلى معسرٍ في مالٍ كثيرٍ.

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٤٦): « من نفسه ».

(٢) في (ظ): « ملكا ».

(٣) كلمة: « عقد » ساقطة من المطبوع.

(٤) في (ظ): « وهو ».

والثاني: لا ؛ لأن النادر، كالمعجوز عنه، كما في السَّلَم، ويجوز جعل العَوَضِ منفعةً، كبناء دارٍ، وخياطة، وخدمة شهرٍ، كما يجوز جعل المنفعة ثمناً، وأجرةً، ومهرًا، ولا يجوز أن يكتفى بخدمة شهرٍ، أو شهرين، أو سنةٍ، ويقدر كلَّ عَشْرَةِ أيامٍ نجمًا، أو كلَّ شهرٍ ؛ لأن الجميع نجمٌ واحدٌ، والمطالبة به ثابتةٌ في الحال. فلو شرط صريحاً كون خدمة شهرٍ نجمًا، وخدمة الشهر بعده نجمًا آخرً، لم يصحَّ على الأصحَّ المنصوص في « الأم » ؛ لأن منفعة الشهر الثاني ^(١) متعيّنة، والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأخيرها.

ولو انقطع ابتداء المدة الثانية عن آخرِ الأولى كخدمة رجب ورمضان، لم يصحَّ بلا خلاف.

ثم يشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة، ولا تتأخر عنها، كما أن عَيْنَ المبيع لا تقبل ^(٢) التأجيل وتأخير التسليم. فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوالٍ، لم يصحَّ.

ولو كاتبه على دينارٍ يؤدّيه في آخرِ هذا الشهر، وعلى خدمة [الشهر] الذي بعده، لم يصحَّ.

وأما المنافع الملتزمة في الذمّة، كخياطة ثوبٍ معيّن، وبناء جدارٍ موصوفٍ، ودارٍ موصوفةٍ، فيجوز فيها التأجيل.

ولو كاتبه على بناء دارين، وجعل لكلٍّ واحدةٍ منهما وقتاً معلوماً [صحَّ].

ولو قال: كاتبتك على خدمة شهرٍ من الآن، وعلى دينارٍ بعد انقضاءه بيومٍ، أو شهرٍ، جاز.

ولو قال: وعلى دينارٍ عند انقضائه، فوجهان. وقيل: قولان. الأصحُّ المنصوص: الجواز، قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالّةً؛ لأن التأجيل يشترط؛ لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كاتب على دينارين، أحدهما حالً، والآخر مؤجّلً، وهذا يبين أن الأجل - وإن أطلقوا

(١) في (أ، ظ): « الثانية ».

(٢) في المطبوع: « يقبل ».

اشترطه - فليس ذلك بشرط في المنفعة التي يقدر^(١) على الشروع فيها في الحال .

ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر، كقوله: ودينار بعد العقد^(٢) بيوم، جاز على الأصح .

ولو قال: على خدمة شهر من وقت العقد، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر، فهو كقوله: ودينار [١٣٣٩ / ب] بعد انقضاء الشهر .

وذكر البغوي^(٣) أنه يشترط بيان العمل في الخدمة .

وقال^(٤) ابن الصبّاغ: يكفي إطلاق الخدمة، لكن لو قال: على منفعة شهر، لم يصح؛ لاختلاف المنافع .

وإذا كاتب على خدمة ودينار، فمرض في الشهر، وفاتت الخدمة، انفسخت الكتابة في قدر الخدمة، وأمّا الباقي، فقليل: تبطل فيه قطعاً؛ لأنها لا تصح في بعض العبد .

وقيل: هو كمن باع عبدَيْن، فتلف أحدهما قبل القبض، ففي الباقي طريقان . أحدهما: لا تبطل .

والثاني: قولان .

فَرَعُ: إذا قال لعبد: أعتقتك على أن تخدمني، أو على أن تخدمني أبداً، فقبل العبد، عتق في الحال، ورجع السيد عليه بقيمته .

ولو قال: على أن تخدمني شهراً من الآن، فقبل، عتق، وعليه الوفاء، فإن تعذّر بمرض، وغيره، ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة، أو قيمة العبد قولان، كالصداق وبذل^(٥) الخلع [إذا تلفا] قبل القبض .

ولو قال: كاتبنتك على أن تخدمني أبداً، لم يعتق .

(١) في المطبوع: « تقدر » .

(٢) في (ظ) : « بعقد » بدل : « بعد العقد » .

(٣) انظر : (التهذيب : ٨ / ٤٢١) .

(٤) في المطبوع: « قال » بدون « الواو » .

(٥) في (ظ) : « وبذل » .

ولو قال: على أن تخدمني شهراً، فقبل، وخدمه شهراً، عتق، ورجع السيد عليه بقيمته، وهو على السيد بأجرة مثل الخدمة؛ لأنها كتابة فاسدة، وإن خدمه أقل من شهر، لم يعتق.

الشَّرْطُ الثَّالِثُ: بيان قَدْرِ الْعَوْضِ، وَالْأَجَلِ، فيشترطُ بيانُ قَدْرِ الْعَوْضِ وَصِفَتِهِ، وَأَقْدَارِ الْأَجَالِ، وما يؤدي عند حلول كُلِّ نَجْمٍ. فإن كاتب على نقد كفى الإطلاق، إن كان في البلد نقد منفرد أو غالب، وإلا، فيشترط التبيين. وإن كاتب على عوض^(١)، وصفه بالصفات المشترطة في السلم^(٢).

وإن كاتب على ثوب موصوف على أن يؤدي نصفه بعد سنة^(٣)، ونصفه الآخر بعد انقضاء سنتين، لم يصح؛ لأنه إذا سلم النصف في السنة الأولى، تعين النصف الثاني للثانية، والمعين لا يجوز شرط الأجل فيه، ولا يشترط تساوي الآجال، ولا الأقدار المؤداة في آخر الآجال.

ولو كاتبه على مئة على أن يؤدي نصفها، أو ثلثها عند انقضاء خمس، والباقي عند تمام العشر، أو على أن يؤدي عند تمام كل سنة عشرة، جاز.

ولو قال: تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة، والباقي عند تمامها، لم يجز.

ولو قال: تؤديها في عشر سنين، لم يجز على الصحيح.

وقيل: يجوز، ويوزع المال على عدد السنين.

ولو قال: في كل شهر كذا، وفي سنة كذا، فهل هو مجهول، أم يحمل على أول الشهر، والسنة؟ وجهان، كنظيره في السلم، وكذا لو قال: في يوم كذا.

ولو قال: في وسط السنة، فهل هو مجهول، أم يحمل على نصفها^(٤)؛ لأنه الوسط الحقيقي؟ وجهان.

ولو قال: تؤديها إلى عشر سنين، لم يجز؛ لأنه كتابة إلى أجل واحد.

(١) في (ظ)، والمطبوع: «عرض».

(٢) في المطبوع: «المسلم».

(٣) في المطبوع زيادة: «ونصفه بعد سنة»، وهي إقحام ناسخ، أو غيره.

(٤) في (أ): «نصفه».

ولو قال : كَاتَبْتُكَ عَلَى مِئَةِ تَوْدِيْهَا إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ؛ قِسْطُ كُلِّ شَهْرٍ عِنْدَ انْقِضَائِهِ ،
جَوَزَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ ، وَمَنَعَهُ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَغَيْرُهُ ، إِذَا لَمْ يَعْلَمْ حِصَّةَ كُلِّ شَهْرٍ .

ولو كَاتَبَهُ ^(١) عَلَى دِينَارٍ إِلَى شَهْرٍ ، وَدِينَارَيْنِ إِلَى شَهْرٍ عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الْأَوَّلَ ،
عَتَقَ ، وَيُوَدِّي الدِّينَارَيْنِ بَعْدَ الْعَتَقِ ، فِي صَحَّةِ الْكِتَابَةِ الْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا جُمِعَتِ الصَّفَقَةُ
عَقْدَيْنِ [١٣٤٠ / ١] مُخْتَلَفَيْنِ .

فَرْعٌ : هَلْ يَشْتَرُطُ بَيَانُ مَوْضِعِ تَسْلِيمِ النُّجُومِ ؟ ذَكَرَ ابْنُ كَيْجٍ أَنَّ فِيهِ الْخِلَافَ
الْمَذْكُورَ فِي السَّلَامِ ، وَذَكَرَ خِلَافاً فِي أَنَّهُ لَوْ عَيَّنَ مَوْضِعَ ، فَخَرَبَ ، هَلْ يَسَلِّمُ فِيهِ ، أَمْ
فِي أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ إِلَيْهِ ؟

فَرْعٌ : لَوْ كَاتَبَ عَلَى مَالٍ الْغَيْرِ ، فَسَدَتِ الْكِتَابَةُ ، فَإِنْ أَذِنَ رَبُّ الْمَالِ فِي أَنْ يُعْطِيَهُ
لِسَيِّدِهِ فَأَعْطَاهُ ، عَتَقَ ، وَإِنْ أَعْطَاهُ بغيرِ إِذْنِ الْمَالِكِ ، لَمْ يَعْتَقَ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : إِنْ
أَدَيْتَ إِلَيَّ هَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ ؛ فَإِنَّهُ إِذَا أَدَاهُ ، عَتَقَ ، وَإِنْ كَانَ مُسْتَحَقّاً ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُحْضٌ
تَعْلِيْقٍ ، وَهَذِهِ كِتَابَةٌ تَقْتَضِي التَّمْلِيكَ ، فَإِذَا وُجِدَ إِذْنُ الْمَالِكِ ، وَجِدَ مَا يَقْتَضِي
الْمِلْكَ ، لَكِنْ يَجِبُ الرَّدُّ وَالرَّجُوعُ إِلَى الْقِيَمَةِ ؛ لِفَسَادِ الْكِتَابَةِ .

فَرْعٌ : إِذَا شَرَطَ أَنْ يَشْتَرِيَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْآخَرِ ، فَسَدَتِ الْكِتَابَةُ .

ولو كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئاً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ ، كَقَوْلِهِ : كَاتَبْتُكَ وَبَعْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ بِمِئَةِ
إِلَى شَهْرَيْنِ ؛ تَوَدِّي نِصْفَهَا فِي آخِرِ كُلِّ شَهْرٍ ، فَإِذَا أَدَيْتَ ، فَأَنْتَ حُرٌّ ، فَقَالَ : قَبِلْتُ
الْكِتَابَةَ وَالْبَيْعَ ، أَوْ الْبَيْعَ وَالْكِتَابَةَ ، أَوْ قَبِلْتُهُمَا ، فَطَرِيقَانِ .

أَحَدُهُمَا : عَلَى الْقَوْلَيْنِ فَيَمْنُ جَمَعَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلَفِي الْحُكْمِ ، فِي قَوْلٍ :
يَصْحَاحُ ، وَفِي قَوْلٍ : يِبْطَلَانِ .

وَالثَّانِي ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ : يَبْطُلُ الْبَيْعُ ، وَفِي الْكِتَابَةِ قَوْلَا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ ؛ فَإِنْ
صَحَّحْنَاهَا ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ ، فَيَصْحُحُ بِجَمِيعِ الْعَوَاضِ فِي قَوْلٍ ، وَبِالْقِسْطِ عَلَى الْأَظْهَرِ ،
فَيُوزَعُ مَا سَمَّاهُ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَقِيَمَةِ الثَّوْبِ ، فَمَا خَصَّ الْعَبْدَ ، لَزَمَهُ فِي النِّجْمَيْنِ ،
فَإِذَا أَدَاهُ ، عَتَقَ .

وإن قلنا: فاسدة، لم يَعْتِقْ حتَّى يُوَدِّيَ جميعَ المالِ ليَحَقِّقَ الصِّفَّةَ، ثم يتراجعان.

قال الصَّيْدَلَانِي: ويَحْتَمِلُ أَنْ يَخْرَجَ قول: أنه إذا أَدَّى ما يَخْصُصُ قيمته، عَتَقَ، ثم يتراجعان.

فَزَعُ: كاتَبَ ثلاثةَ أَعْبِدٍ صَفْقَةً، فقال: كاتِبُكُمْ عَلَى أَلْفٍ إِلَى وَقْتِي كَذَا وَكَذَا، فَإِذَا أَدَيْتُمْ، فَأَنْتُمْ أَحْرَارٌ، فَالْنَصُّ صَحَّةُ الْكِتَابَةِ.

ولو اشْتَرَى رجل ثلاثةَ أَعْبِدٍ، كُلُّ عَبْدٍ لرجلٍ مِنْ مُلَّاكِهِمْ صَفْقَةً، فَالْنَصُّ بطلانُ البع.

ولو نَكَحَ نِسْوَةً، أو خَالَعَهُنَّ عَلَى عَوَضٍ واحدٍ، ففي صَحَّةِ الْمَسْمُوعِ قولانٍ منصوصان. وقد سبق ذكرُ هَذِهِ الصُّورَةِ وما فيها من الطَّرِيقِ فِي « كِتَابِ الصَّدَاقِ »؛ فَإِنْ أَفْسَدْنَا هَذِهِ الْكِتَابَةَ، فَأَدَّوْا الْمَالَ، عَتَقُوا بِالتَّعْلِيقِ، وَإِنْ أَدَّى بَعْضُهُمْ حِصَّتَهُ، فَهَلْ يَعْتَقُ؟ وَجِهَانِ أَوْ قَوْلَانِ.

أَصْحُهُمَا: لَا؛ لَعَدَمِ كَمَالِ الصِّفَّةِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُمُ الدَّارَ، فَأَنْتُمْ أَحْرَارٌ، فَدَخَلَ بَعْضُهُمْ، لَا يَعْتَقُ.

وَالثَّانِي: نَعَمْ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَعَاوِضَةِ، وَلِهَذَا يَتَرَجَعَانِ.

وَمُقْتَضَى الْمَعَاوِضَةِ أَنَّ يَعْتَقَ كُلُّ وَاحِدٍ بِأَدَاءِ حِصَّتِهِ، ثُمَّ مَنْ عَتَقَ رَجَعَ عَلَى السَّيِّدِ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّ سُلْطَةَ السَّيِّدِ بَاقِيَةٌ إِلَى يَوْمِ الْعِتْقِ؛ لِتَمَكُّنِهِ مِنْ فَسْخِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ.

وإن صَحَّحْنَا الْكِتَابَةَ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَزَعِ الْمَسْمُوعِ عَلَيْهِمْ. ثُمَّ الْمَذْهَبُ تَوْزِيعُهُ عَلَى قِيَمَتِهِمْ لَا عَلَى عَدَدِهِمْ، ثُمَّ كُلُّ عَبْدٍ يُوَدِّي حِصَّتَهُ مِنَ النُّجْمِينَ، فَإِذَا أَدَّاهَا، عَتَقَ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَتَقُهُ عَلَى أَدَاءِ غَيْرِهِ.

وإن مات بعضهم، أو عجزَ، فَهُوَ رَقِيقٌ، وَيَعْتَقُ غَيْرُهُ بِالْأَدَاءِ، وَلَا يُقَالُ: عَلَّقَ بِأَدَائِهِمْ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ [١٣٤٠ / ب] الْمَعَاوِضَةِ، وَلِهَذَا إِذَا أَمَرَ السَّيِّدُ الْمَكَاتِبَ، عَتَقَ، وَإِذَا مَاتَ، لَمْ تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ، بِخِلَافِ التَّعْلِيقَاتِ.

الركن الثالث: السيّد، وشرطه: كونه مختاراً، مُكَلَّفاً، أهلاً للتبرّع، فلا تصحّ كتابة صبيٍّ ومجنونٍ، ولا إعتاقهما على مال، ولو أذن فيه الوليُّ، ولا كتابةً وليّهما أباً كان، أو غيره، ولا إعتاقه عبدهما بمال. فلو أدّى العبدُ إلى الوليِّ ما كاتبه عليه، لم يَغْتَقْ؛ لبطلان التعليق.

ولا تصحّ كتابةٌ محجورٍ عليه بسفّه، ولا يحصلُ العتقُ بتسليم المالِ إليه، لا في الحجر، ولا بعد ارتفاعه. وحكى الفورانيُّ خلافاً فيما لو سلّم المالُ إليه في حال الحجر، ثم ارتفع حجره، أنه هل يَغْتَقُ بالتسليم السابق؟ والمذهبُ: الأول.

فَرْع: المريضُ إذا كاتبَ في مرضٍ موته، اعتبرت قيمةُ العبدِ مِنَ الثلثِ، وإن كاتبه على أكثر منها.

ثم إن كان يملكُ عند الموتِ مثليَ قيمته، صحّت الكتابةُ.

وإن لم يملكْ غيره، وأدّى في حياة السيّد، فإن كان كاتبه على مثليَ قيمته، عتق كُله؛ لأنه يبقى للورثة مثله، وإن كان كاتبه على مثليَ قيمته، عتق ثلثاه.

وإن كاتبه على مثليَ قيمته، وأدّى نصفَ النجوم، صحّت الكتابةُ في نصفه.

أمّا إذا لم يُؤدِّ شيئاً حتّى مات السيّد، ولم تُجزِ الورثةُ ما زاد على الثلثِ، فنُلْثُه مكاتب، فإذا أدّى حصّته من النجوم، عتق. وهل يزدادُ في الكتابة بقدرِ نصف ما أدّى، وهو سدسُ العبدِ؟ وجهان.

الأصحّ المنصوصُ: لا؛ لأن الكتابةَ بطلتْ في الثلثين، فلا تعودُ.

والثاني: نعم، كما لو ظهرَ للميتِ دفينٌ^(١)، أو نصبَ شبكَةً في الحياة، فيعقل^(٢) بها صيدٌ بعد الموتِ؛ فإنه يُزادُ في الكتابة. فإن قلنا: يُرادُ، وكان الأداءُ بعد حلول النجم، فهل يلزمه حصّةُ السدسِ مِنَ النجومِ في الحال، أم يضربُ له مثلي المدة التي ضربها الميتُ أولاً؟ وجهان؛ بناءً على ما إذا حبسَ السيّدُ المكاتبَ مُدَّةً، فإذا زيدتِ الكتابةُ بقدرِ السدسِ، فأدّى نجومه، يُزادُ^(٣) نصفُ السدسِ، وهكذا يزدادُ

(١) في (النجم الوهاج: ١٠ / ٥٣٥): «دين» بدل: «دفين».

(٢) في (النجم الوهاج: ١٠ / ٥٣٥): «فتعلّق» بدل: «فيعقل».

(٣) في المطبوع: «يزداد».

نصف ما يؤدي مرة بعد أخرى إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف.

وإن قلنا لا يُزاد في الكتابة، فالباقي قنٌ، ولا يخرجُ على الخلاف فيما لو كاتب نصيبه من مشترك؛ فإن ذاك ابتداء كتابة، وهنا وردت الكتابة على الجميع، ثم دعت ضرورة إلى إبطال البعض.

وحكى ابنُ كَجَّ عن بعضهم تخريجَ صحّة الكتابة في الثلث على كتابة المشترك.

أمّا إذا أجازَ الورثة الكتابة في جميعه، فيصحُّ في جميعه، فإذا عتق بالأداء، فولاء الجميع للمورث إن قلنا: إجازتهم تنفيذٌ، وإن قلنا: ابتداء عطية، فولاء الثلث للمورث، والثلثين لهم على قدرِ موارثهم.

وإن أجازوا بعضَ الثلثين، فإن قلنا: إجازتهم تنفيذٌ، صحّت فيما أجازوا، وحكمُ الباقي ما سبق. وإن قلنا: عطية، فهو على الخلاف في تبعض الكتابة.

ولو كان عبدان قيمتهما سواءً، لا مالَ له غيرُهما، وكاتب في مرض موته أحدهما، وباع الآخرَ نسيئةً، نُظِرَ:

إن حصلَ الثمن والنجوم في حياته، فالكتابة والبيع صحيحان، وإن لم يحصل حتى مات السيد، ولم تُجزِ الورثة ما زاد [١٣٤١ / أ] على الثلث، صحّت الكتابة في ثلث [هذا]، والبيع في ثلث ذاك، فإذا حصلت نجوم الثلث، وثن الثلث، فهل يُزاد في الكتابة والبيع؟ فيه الوجهان. إن قلنا: نعم، زيد^(١) فيهما جميعاً، وصحّت^(٢) الكتابة في نصف السدس^(٣)، وكذا البيع، وإن حصلت نجوم الثلث وثن الثلث معاً، صحّ كلّ واحدٍ منهما في السدس.

ولو كاتبه في الصحّة، ثم أبرأه عن النجوم في المرض، أو قال: وضعتُ عنه النجوم، أو أعتقته، فإن خرجَ من الثلث، عتقَ كُلُّهُ، وإن لم يكن له مالٌ سواه، فإن اختار العجزَ، عتقَ ثلثه، ورَقَّ ثلثاه.

وإن اختار بقاءَ الكتابة؛ فإن كانتِ النجومُ مثلَ القيمة:

(١) في (ظ)، والمطبوع: «يقع» بدل: «زيد»، المثبت موافق لما في فتح العزيز: «١٣ / ٤٥٩».

(٢) في (أ): «وصحّت».

(٣) في (أ)، وهامش (ظ)، والمطبوع: «سدس».

فالأصح: أنه يَعْتَقُ ثُلُثَهُ، وتَبْقَى الكِتَابَةُ فِي الثُّلُثَيْنِ.

والثاني: لَا يَعْتَقُ ثُلُثَهُ حَتَّى يَسْلَمَ لِلوَرِثَةِ ثَلَاثًا؛ إِمَّا بِأَدَاءِ نُجُومِ الثُّلُثَيْنِ، وَإِمَّا بِالْعَجْزِ.

وإن كَانَ بَيْنَ النُّجُومِ وَالْقِيَمَةِ تَفَاوُثٌ، اعتَبَرَ خُرُوجَ الْأَقْلِّ مِنْهُمَا مِنَ الثُّلُثِ. وَقَدْ ذَكَرْنَا جَمِيعَ هَذَا وَوُجُوهَهُ وَطُرُقَ حِسَابِهِ فِي «الْوَصَايَا».

وَلَوْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِ مَكَاتِبِهِ، أَوْ إِبْرَائِهِ، أَوْ وَضَعَ النُّجُومَ [عنه]، نُظِرَ:
أَيُخْرَجُ مِنَ الثُّلُثِ، أَمْ لَا؟ وَيَكُونُ الْحُكْمُ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ، أَوْ أَبْرَاهُ، إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِنْشَاءِ إِعْتَاقٍ^(١) وَإِبْرَاءٍ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ.

وَلَوْ كَاتَبَ فِي صَحَّتِهِ، وَقَبِضَ النُّجُومَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ، أَوْ قَبَضَهَا وَارِثُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، صَحَّ الْقَبْضُ، وَكَانَتِ الْكِتَابَةُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، كَمَا لَوْ بَاعَ بِمُحَابَاةٍ فِي الصَّحَّةِ، وَقَبِضَ الثَّمَنَ فِي الْمَرَضِ.

وَلَوْ أَقَرَّ فِي الْمَرَضِ أَنَّهُ قَبِضَ النُّجُومَ فِي الصَّحَّةِ، أَوْ فِي الْمَرَضِ، قَبِلَ إِقْرَارُهُ، وَكَانَ الْإِعْتِبَارُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَقْدِرُ عَلَى إِنْشَائِهِ، وَلِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَغَيْرِ الْوَارِثِ يَسْتَوِي فِيهِ الصَّحَّةُ وَالْمَرَضُ.

فَصْلٌ: لَا يَشْتَرُطُ لَصَحَّةِ الْكِتَابَةِ إِسْلَامُ السَّيِّدِ، بَلْ تَصِحُّ كِتَابَةُ الْكَافِرِ، كإِعْتَاقِهِ. وَفِي كِتَابَةِ الْمُرْتَدِّ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ مَنْصُوصَةٍ وَمُخَرَّجَةٌ.

أظهرها: البطلان.

والثاني: تصحُّ.

والثالث: موقوفٌ على إسلامه.

والرابع: يصحُّ قَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ. وَإِنْ قُلْنَا: يَصِيرُ مُحْجُورًا عَلَيْهِ بِنَفْسِ الرَّدَّةِ.

والخامس: يصحُّ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ عَلَيْهِ حَجْرٌ^(٢)؛ إِمَّا بِنَفْسِ الرَّدَّةِ، وَإِمَّا بِحَجْرِ الْقَاضِي، فَإِذَا صَحَّحْنَاهَا، وَلَمْ نَحْجُرْ عَلَيْهِ، وَقُلْنَا: لَا يَصِيرُ مُحْجُورًا عَلَيْهِ بِالرَّدَّةِ،

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «عَتَقَ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٠).

(٢) فِي (أ)، وَالْمَطْبُوعِ: «حَجْرًا».

فدفعَ المكاتبَ النجومَ إليه [عتق] وكان له الولاء، ويملكُ النجوم؛ لأنَّ حَكَمنا ببقاء ملكه على هذا القول. وإن أبطلناها، لم يصحَّ الأداء، ولا يَغْتَقُ.

وإن قلنا: موقوفٌ، فالأداء موقوفٌ، فإن مات مرتدًّا، بَانَ بطلانُها، وكان العبدُ قِتًّا. وإن صار محجوراً عليه بنفسِ الردة، أو بحَجَرِ القاضي، فإن أبطلناها، فعلى ما ذكرنا إذا لم يكن حَجَرٌ، وإن صَحَّحناها، أو توقَّفنا، لم يَجْزُ دفعُ النجومِ إليه؛ لأنَّ المحجورَ عليه لا يصحُّ قبضه؛ بل يجبُ دفعُها^(١) إلى الحاكم، فإن دفعها إلى المرتدِّ، لم يَغْتَقُ، ويستردَّها ويدفعها إلى الحاكم.

فإن تلفَّت وتعدَّر الاستردادُ، فإن كان معه ما يفي بالنجوم، ودفعه إلى الحاكم، فذاك، وإلَّا فله تعجيزُهُ.

ثم إن مات السيدُ على الردة بعد ما عَجَّزه، فهو رقيق، وإن أسلم، فهل يلغى^(٢) التعجيزُ؟ قولان أو وجهان. أظهرهما، وهو نُصُّه في «المختصر»: نَعَمْ؛ لأنَّ المنعَ من التسليم إليه كان لِحقِّ المسلمين، فإذا أسلم، صارَ الحقُّ له، فيعتدُّ^(٣) بقبضه، فعلى هذا: يَغْتَقُ إن كان دفعَ إليه كَلَّ النجوم.

وقيل: لا يَغْتَقُ [١٣٤١ / ب] ولا ينقلبُ القبضُ الممنوعُ منه صحيحاً، لكن يبقى مكاتباً، فيستأنفُ الأداء، ويمهلُ مدَّةَ الردة، والصحيح المعروف: الأول.

ولو كاتبَ مسلمٌ عبده، ثم ارتدَّ السيدُ، لم تَبْطُلِ الكتابةُ، كما لا يبطلُ بيعُهُ، لكن لا يجوزُ دفعُ النجومِ إليه إن قلنا: زال ملكُهُ، وصار محجوراً عليه، فإن دفعها إليه، فعلى ما ذكرناه.

فَرُغَ: يجوزُ أن يكاتبَ عبده المرتدُّ، كما يجوزُ بيعُهُ، وتدبيرُهُ، وإعتاقُهُ.

ثم إن أدَّى النجومَ في رِدَّتِه من أكسابه، أو تبرَّعَ بأدائها غيره، عَتَقَ، ثم جرى عليه حكمُ المرتدِّين.

وإن لم يؤدِّها، وعادَ إلى الإسلام، بقي مكاتباً، وإن لم يُسلم، قُتِلَ، وكأنَّ ما في يده لسيِّده.

(١) في المطبوع: « دفعه ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « يكفي »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٣).

(٣) في المطبوع: « فيعتد »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٣).

وإن ارتدَّ مكاتب، لم تبطل كتابته، فإن هلك على^(١) الردّة، كان ما في يده لسيده، وارتفعت الكتابة.

قال في « الأم »: ولا أجزئ كتابة السيد المرتد، والعبد المرتد، إلا على ما أجزئ عليه كتابة المسلمين، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على ما يستحلان، ما لم يتحاكما إلينا.

قال: ولو لحق السيد بعد ردّته بدار الحرب، ووقف الحاكم ماله، تتأدّى كتابة مكاتبه، فإن عجز، رده إلى الرق، فإن عجزه ثم جاء سيده، فالتعجيز ماضٍ، ويكون رقيقاً له، فإن أسلم السيد، ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما سبق.

فَرَعٌ: تصحُّ كتابة الذميّ؛ كتابياً كان، أو مجوسياً، وكتابة المستأمن، هذا إذا كاتبوا على شرائط شرعنا، فإن كاتب ذميّ على خمر، أو خنزير، ثم أسلم، أو ترافعا إلينا، فإن كان ذلك قبل العوض المسمّى، فالعتق حاصل، ولا رجوع للسيد على العبد، وإن كان قبل القبض، حكّمنا بفسادها وإبطالها، فإن وجد القبض بعد ذلك، لم يحصل العتق؛ لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة بعد الفسخ والإبطال. وإن قبض بعد الإسلام، ثم ترافعا، حصل العتق؛ لوجود الصفة، ويرجع السيد على المكاتب بقيمته، ولا يرجع المكاتب على السيد بشيء للخمر والخنزير.

ولو كان المسمّى له قيمة، رجع، وإن قبض بعض المسمّى في الشرك، ثم أسلم، أو ترافعا إلينا، حكم ببطلان الكتابة، فلو اتفق قبض الباقي بعد الإسلام، وقبل إبطالها، حصل العتق، ورجع السيد عليه بجميع قيمته، ولا يوزع على المقبوض والباقي؛ لأن العتق يتعلّق بالنجم الأخير، وقد وجد في الإسلام.

ولو أسلم عبدٌ لذميّ، أو اشترى مسلماً، وصحّحنا شراءه، وأمرناه^(٢) بإزالة الملك عنه، فكاتبه، صحّت الكتابة على الأظهر؛ لأنّ فيه نظراً للعبد، فإن عجز، أمر بإزالة الملك.

وإن قلنا: لا يصحّ، أمر بإزالة الملك في الحال، فإن أدّى النجوم قبل الإزالة، عتق بحكم الكتابة الفاسدة.

(١) في (ظ): « حكم » بدل « على ».

(٢) في المطبوع: « وأمرنا ».

ولو كاتبَ ذميَّ عبده، فأسلمَ المكاتبُ، لم ترتفعِ الكتابةُ على المذهب؛ لقوَّةِ الدوامِ.

فَرَعٌ: تصحُّ كتابةُ الحربِيِّ؛ لأنه مالكٌ، فإنَّ قهره سيدهُ بعد الكتابة، ارتفعتْ، وصارَ قنّاً. ولو قهرَ سيده، صارَ حرّاً، وعادَ السيدُ عبداً له؛ لأنَّ الدارَ دارُ قهرٍ، وكذا لو قهرَ حرٌّ حرّاً هناك، بخلاف ما لو دخلَ السيدُ، والمكاتبُ دارَ الإسلامِ بأمان، ثم قهرَ أحدهما الآخرَ، لا يملكُهُ؛ لأنَّ الدارَ دارُ حقٍّ وإنصافٍ.

ولو خرجَ المكاتبُ إلينا مسلماً هارباً من سيده، ارتفعتِ الكتابةُ [١٣٤٢ / ١]، وصارَ حرّاً؛ لأنه قهره على نفسه، فزال ملكه عنه. وإنَّ خرجَ غيرَ مسلمٍ، نُظِرَ:

إنَّ خرجَ بإذنه وأماننا، لتجارةٍ وغيرها، استمرتِ الكتابةُ، وإنَّ خرجَ هارباً، بطلَتْ، وصارَ حرّاً.

ثم لا يمكنُ من الإقامةِ عندنا إلّا بالجزية، فإنَّ لم يقبلْ، أو كان مِمَّن لا يُقرُّ بالجزية، ألحقَ بمأمنه، وإنَّ جاءنا السيدُ مسلماً، لم يتعرض لمكاتبه هناك.

وإنَّ دخلَ بأمانٍ مع المكاتبِ، ولم يَفْهَرْ أحدهما [الآخر]، وأرادَ العودَ إلى دار الحرب، وكاتبه بعدما دخلا، وأرادَ العودَ، فلم يوافقهُ المكاتبُ، لم يكن له أنَّ يَحْمِلَهُ قهراً، كما لا يسافرُ المسلمُ بمكاتبه؛ بل يوكلُ مَنْ يقبضُ النجومَ، فإنَّ أرادَ أنَّ يُقيمَ، طوَلَبَ بالجزية.

ثم إنَّ عَتَقَ المكاتبُ [طوَلَبَ بالجزية] أو رُدَّ إلى المأمن، وإنَّ عَجَزَ نفسه، عادَ قنّاً للسيدِ.

قال ابنُ الصبّاغ: ويبقى الأمانُ فيه، وإنَّ انتَقَضَ في نفسِ سيدهِ بعودِهِ؛ لأنَّ المالَ ينفردُ^(١) بالأمانِ.

ولهذا لو بَعَثَ الحربِيُّ مالهَ إلى دارِ الإسلامِ بأمانٍ، ثبتَ الأمانُ للمالِ دون صاحبه، ويجيءُ فيه الخلافُ السابقُ في السيدِ، فيمَن رجعَ، وخلفَ عندنا مالاً.

(١) في (أ): «منفرد».

ولو مات السيد في دار الإسلام، أو بعد العود إلى دار الحرب، ففي مال الكتابة قولان.

أظهرهما: يبقى الأمان فيه، فيرسل إلى ورثته؛ لأنه لا خلاف أنهم ورثوه، ومن ورث مالا، ورثه بحقوقه، كالرهن، والضمين.

والثاني: يبطل الأمان فيه، ويكون قنًا؛ لأنه مال كافر، لا أمان له.

وإن سبي السيد بعد رجوعه إلى دار الحرب، نُظر:

إن من عليه، أو فدي، أخذ النجوم، وهو^(١) بما جرى في أمان، ما دام في دار الإسلام، فإن رجع انتقض الأمان فيه. وفي المال إن تركه عندنا ما سبق، وإن استرق، زال ملكه.

وفي مال الكتابة طريقان.

أحدهما: قولان، كالموت.

والثاني: لا يبطل قطعاً؛ لأنه ينتظر عتقه ومصيره مالكا، بخلاف الميت.

وأما ولاء هذا المكاتب، فإن عتق قبل استرقاق السيد، فطريقان: أحدهما: أن الولاء كالمال، فإن جعلناه فيئا، فالولاء لأهل الفيء، وإن توقفنا، فكذلك نتوقف في الولاء.

والثاني، وهو المذهب: أنه يسقط ولاؤه؛ لأن الولاء لا يورث، ولا ينتقل من شخص إلى شخص.

وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب، فإن جعلناه ما في ذمته فيئا، فإذا^(٢) عتق نذفعه^(٣) إلى الحاكم^(٤)، ففي الولاء وجهان.

وإن قلنا: موقوف، فإن عتق السيد، دفع المكاتب المال إليه، وكان له الولاء.

(١) في المطبوع: « وهما »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٦).

(٢) في (ظ): « فادعى »، وفي المطبوع: « فادعى »، خطأ.

(٣) في المطبوع: « بدفعه ».

(٤) في (ظ)، وأصل (أ)، والمطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز:

٣ / ٤٦٧).

وإن مات رقيقاً، وصارَ المَالُ فيئاً، ففي الولاءِ الوجهانِ.

ولو قالَ المكاتبُ في مدَّةِ التوقُّفِ: انصبوا مِنِّي يَقبِضُ المَالَ لأعتقَ، أُجيبَ إليه، وإذا عَتَقَ، فليكن في الولاءِ^(١) الخلافُ.

وقيل: يُبنى على أن مكاتبَ المكاتبِ إذا عَتَقَ؛ تفرِيعاً على صحَّةِ كتابته، يكونُ ولاؤه لسيدِ المكاتب، أو يوقفُ على عِتقِ المكاتب؟ وفيه قولان.

إن قلنا بالأول، فالولاءُ هنا لأهلِ الفَيءِ، وإن قلنا بالثاني، فيوقفُ.

قال الرُّوْيَانِيُّ^(٢): الأصحُّ عند الأصحاب أنه يوقفُ المَالُ، والولاءُ، فإن عَتَقَ، فهما له، وإن ماتَ رقيقاً، فالمالُ فيء، ويسقطُ الولاءُ.

فروع^(٣): كاتِبُ مسلمٌ عبداً كافراً [١٣٤٢ / ب] في دار الإسلام، أو الحرب، صَحَّ، فإن عَتَقَ، لم يُمَكَّنْ من الإقامةِ بدارنا إلَّا بجزيةٍ، فإن كَاتَبَهُ^(٤) بدار الحرب، فأَسْرَ، لم تبطلْ كتابتُهُ؛ لأنه في أمانِ سيده.

ولو استولى الكفارُ على مكاتبِ مسلم، لم تبطلْ كتابتُهُ، وكذا لا^(٥) يبطلُ التدبيرُ والاستيلاءُ.

فإذا استنقذَ المسلمون مكاتبه، فهل يحسبُ عليه مدَّةُ الأسرِ من أجلِ مالِ الكتابة؟ طريقان.

أحدهما: قولان^(٦)، كما لو حبسه السيدُ، والمذهبُ: القطعُ بالاحتساب؛ لعدمِ تقصيرِ السيد. وهل للسيدِ الفسخُ بالتعجيزِ، وهو الأسرُ؟ إن قلنا: يحسبُ، فله ذلك. ثم هل يفسخُ بنفسه كما لو حضرَ المكاتبُ، أو يرفعُ الأمرُ إلى القاضي، ليبحثَ هل له مالٌ؟ وجهان.

(١) كلمة: «الولاء» ساقطة من المطبوع.

(٢) في جمع الجوامع (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٧).

(٣) في (ظ)، والمطبوع: «فرع»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٧).

(٤) في (ظ): «كانت»، وفي المطبوع: «كاتب».

(٥) في المطبوع: «لم».

(٦) كلمة: «قولان» ساقطة من المطبوع.

أظهرهما: الأول. فإذا فُسِّخَتْ، فخلص^(١)، وأقامَ بَيِّنَةً أنه كان له مِنَ المَالِ ما يفي^(٢) بالكتابة، بَطَلَ الفسخُ، وأدَّى المال، وَعَتَقَ.

الركنُ الرابعُ: المكاتبُ، وشرطه: كونه مكلفاً مختاراً، فلا تصحُّ كتابتهُ مجنونٍ، ولا صبيٍّ وإن كان مميّزاً، ولا مكرّوً.

ولو كاتبَ البالغُ لنفسه ولأولاده الصغار، لم يصحَّ لهم. وفي صحَّتها لنفسه قولاً تفريق الصَّفقة.

ولو كاتبَ عبده الصغيرَ، أو المجنونَ، وقال في كتابته: إذا أدَّيت كذا، فأنت حرٌّ، فوُجِدَتِ الصَّفقةُ، عَتَقَ، هكذا قال الأصحاب، وفيه احتمالٌ للإمام^(٣).

ثم قيل: يَغْتَقُ بحكم كتابةٍ فاسدةٍ؛ لأنه لم يرضَ بعقده إلا بعوضٍ. فعلى هذا: يرجعُ السيدُ عليه بقيمته، ويرجع هو على السيدِ بما دفعَ، والصحيحُ الذي عليه الجمهور؛ أنه يَغْتَقُ بمجردِ الصَّفقةِ، وليس لما جرى حكمُ الكتابةِ الفاسدةِ في التراجع، ولا غيره.

ولا تصحُّ كتابةُ عبدٍ مرهونٍ؛ لأنه مُرْصَدٌ للبيع، ولا مستأجرٍ؛ لأنه مستحقُّ المنفعة.

وتصحُّ كتابةُ المعلقِ عتقه بصفقةٍ، والمدبِّرِ، والمستولدة. وفي المستولدة وجهٌ.

ولو قِيلَ الكتابةُ من السيدِ أجنبيٍّ على أن يؤدِّيَ عن العبدِ كذا في نَجْمَيْنِ، فإذا أداها، عَتَقَ العبدُ، فهل يصحُّ؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ، كَخُلْعِ الأجنبيِّ.

والثاني: لا؛ لمخالفة موضوع الباب، فإن صحَّحناها، فهل تجوزُ حالةٌ؟ وجهان.

(١) في المطبوع: « وخلص ».

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « ما يكفي »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٨).

(٣) قال إمامُ الحرمين في (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٤١): « وفي النفس شيءٌ من قوله: « إن أدَّيت » فإن هذا أداء من حيث الصورة، وإن كان لا يتصور فيه التملك... »، وانظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٤٦٩).

وإن لم نصححها، فأدّى، عتق العبد بالصفة، ويرجع المؤدّي على السيد بما أدّى، والسيد عليه بقيمة العبد.

قلت: الأصح أنها لا تصح. والله أعلم.

فصل: إذا كاتب بعض عبده، إن كان باقيه حراً، صحّت الكتابة؛ لأنها استغرقت الرقيق منه، فإن كاتب جميعه، والحالة هذه، بطلت في الحرّ منه. وفي الباقي قولاً تفریق الصفقة. وكذا لو كان يعتق الرق في جميعه، فإن بعضه حراً، فإن قلنا: تفسد، لم يعتق حتّى يؤدي جميع المسمّى؛ لتتحقّ الصفة، فإذا عتق، استردّ من السيد ما أدّى، وللسيد قسط القدر الذي كاتبه من القيمة.

وإن قلنا: تصح^(١)، فهل يستحقّ جميع المسمّى، أم قسط الرقيق من القيمة؟ قولان، كالبيع إذا أجازته في المملوك.

أمّا إذا كاتب بعض عبده، وباقيه رقيق، فللرقيق حالان.

أحدهما: أن يكون له أيضاً، فلا تصحّ كتابته على المذهب والمنصوص، وبه قطع الجمهور [١٣٤٣ / أ]. فإن صحّحنا، وكان بينه وبين السيد مهايأة، فكسب^(٢) النجوم في نوبته، فأذاها، عتق القدر الذي كاتبه، وسرى إلى الباقي.

وإن لم تكن مهايأة، فكسبه بينهما، فإن كسب ما يفي بقسط السيد والنجوم، عتق، وإن لم يكسب إلا قدر النجوم، ففي العتق خلاف، سنذكر نظيره إن شاء الله تعالى.

وإن لم نصححها، فهي كتابة فاسدة، فإن أدّى المال قبل أن يفسخها السيد، عتق، والسراية كما ذكرنا، ثم يرجع المكاتب على السيد بما أدّى، ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة، ولا يرجع بقسط ما سرى العتق إليه؛ لأنه لم يعتق بحكم الكتابة.

الحال الثاني: أن يكون الباقي لغيره، فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه، إن كان بإذن الآخر، فقولان.

(١) في المطبوع: «يصح».

(٢) في المطبوع: «وكسب».

أظهرهما: لا تصح^(١)؛ لأنَّ الشريك الآخرَ يمنعُهُ من التردد والمسافرة، ولا يمكنُ أنْ يصرفَ إليه سهمُ المكاتبين من الزكاة.

والثاني: تصح، كما يصحُّ إعتاقُ بعضه.

وإنْ كاتبه بغيرِ إذنِ الآخر، لم تصحَّ على المذهب. وقيل بطردِ الخلاف.

فإنْ أفسدنا كتابةَ الشريك، فللسيدِ إبطالُها، فإنْ لم يفعلْ، ودفعَ العبدُ إلى الذي لم يكتبهُ بعضَ كسبه، وإلى الذي كاتبَ^(٢) بعضه بحسبِ المِلْكِ حتَّى أدَّى مالَ الكتابة، عتق، ويقومُ نصيبُ الشريك على الذي كاتبَ، بشرطِ يساره، ويرجعُ العبدُ عليه بما دفع، ويرجعُ هو على العبدِ بقسطِ القدرِ الذي كاتبه من القيمة.

وإنْ دفعَ جميع ما كسبه إلى الذي كاتبه حتَّى تمَّ قدرُ النجوم، فوجهان، ونقلهما الصيدلاني قولين.

أحدهما: يعتق؛ لأنَّ العتقَ في الكتابة الفاسدة يتعلّقُ بحصول الصفة، وقد حصَلَتْ.

وأصحُّهما: لا يعتق؛ لأنَّ المعاوضة تقتضي إعطاء ما يملكه^(٣)؛ لينتفع به المدفوعُ إليه.

وأجري الخلاف فيما لو قال: إنْ أعطيتني عبداً، فأنت حرٌّ، فأعطاه عبداً مغصوباً، هل يحصلُ العتق؟ فإن قلنا: لا يعتقُ فللذي لم يكتب أنْ يأخذ نصيبه مما أخذه الذي كاتبَ، ثم إنْ أدَّى العبدُ تمامَ النجوم من حصّته من الكسب، عتق، وإلاّ، فلا.

وإن قلنا: يعتق، فيأخذ نصيبه أيضاً. والتراجعُ بين الذي كاتبَ والعبد، وسرايةُ العتقِ على ما سبق.

وإن صحّحنا كتابةَ الشريك، فدفعَ العبدُ من كسبه إلى الذي كاتبه حصّته، أو جرّت بينه وبين الذي لم يكتبهُ مُهاياةً، فدفعَ ما كسبه في نوبة نفسه إلى الذي كاتبه

(١) في المطبوع: « يصح ».

(٢) في (أ): « كاتبه ».

(٣) في المطبوع: « تملكه ».

حَتَّى تَمَّتِ النُّجُومُ، عَتَقَ، وَقُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا، وَكَذَا لَوْ أَبْرَأَهُ
عَنِ النُّجُومِ، أَوْ أَعْتَقَهُ. وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ كُلَّ كَسْبِهِ حَتَّى تَمَّ قَدْرُ النُّجُومِ، فَقِيلَ: فِي
حُصُولِ الْعَتَقِ وَجْهَانِ، أَوْ قَوْلَانِ، كَمَا ذَكَرْنَا؛ تَفْرِيعًا عَلَى الْفَسَادِ، وَالْمَذْهَبُ: الْقَطْعُ
بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ إِذَا صَحَّتْ، غَلَبَ فِيهَا حُكْمُ الْمَعَاوِضَةِ^(١).

وَفِي الْمُعَاوِضَاتِ^(٢) تَسْلِيمٌ^(٣) غَيْرِ الْمَمْلُوكِ كَعَدَمِهِ، وَأَمَّا الْفَاسِدَةُ، فَيَغْلِبُ^(٤)
فِيهَا حُكْمُ الصَّفَةِ.

فَرَّعَ: أَذِنَ لِشَرِيكِهِ^(٥) فِي كِتَابَةِ نَصِيبِهِ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنِ الْإِذْنِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ
الشَّرِيكُ بِرَجُوعِهِ حَتَّى كَاتَبَ، فَعَلَى الْخِلَافِ [١٣٤٣ / ب] فِي تَصَرُّفِ الْوَكِيلِ بَعْدَ
الْعَزْلِ وَقَبْلَ الْعِلْمِ بِهِ.

وَلَوْ كَاتَبَ نَصِيبَهُ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، وَجَوَّزَنَاهُ، فَأَرَادَ الْآخَرُ كِتَابَةَ نَصِيبِهِ، هَلْ يَحْتَاجُ
إِلَى إِذْنِ الْأَوَّلِ؟ وَجْهَانِ.

فَرَّعَ: كَاتَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وَقَالَ لِلْآخَرِ: كَاتِبْتُهُ بِإِذْنِكَ، فَأَنْكَرَ، فَإِنْ قَالَ مَعَ
ذَلِكَ: قَدْ أَدَّى الْمَالَ، عَتَقَ بِإِقْرَارِهِ، وَقُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

وَأِنْ لَمْ يُقَرَّرْ بِالْأَدَاءِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ حَلَفَ، بَطَلَتْ الْكِتَابَةُ،
وَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الَّذِي كَاتَبَ، فَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الْعَبْدُ. هَكَذَا حَكَاهُ ابْنُ كَيْجٍ عَنْ
ابْنِ الْقَطَّانِ.

قَالَ: وَعِنْدِي^(٦) يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا التَّدَاعِي بَيْنَ الشَّرِيكِ وَالْمَكَاتِبِ، فَإِذَا
ادَّعَى الْمَكَاتِبُ الْإِذْنَ، وَأَنْكَرَ الشَّرِيكُ، صُدِّقَ، فَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الْمَكَاتِبُ، وَثَبَتَ
الْكِتَابَةُ.

فَرَّعَ: إِذَا كَاتَبَ الشَّرِيكَانِ الْعَبْدَ مَعًا، أَوْ وَكَّلَا مَنْ كَاتَبَهُ، أَوْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «الْعَارِضَاتُ»، خَطَأً.

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «الْعَارِضَاتُ»، خَطَأً.

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «تَسْلَمَ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤٧٤).

(٤) فِي (أ)، وَالْمَطْبُوعِ: «فَالْمَغْلَبُ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤٧٤).

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ: «الشَّرِيكِ»، وَكَذَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤٧٤).

(٦) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَعِنْدَهُ».

فكَاتِبُهُ، صَحَّتِ الْكِتَابَةُ قَطْعًا إِنْ اتَّفَقَتِ النُّجُومُ؛ جِنْسًا وَأَجَلًا وَعَدَدًا، وَجَعَلَا حِصَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النُّجُومِ بِحَسَبِ اشْتِرَاكِهِمْ فِي الْعَبْدِ، أَوْ أَطْلَقًا؛ فَإِنَّهَا تَقْسَمُ كَذَلِكَ.

وَإِنْ اخْتَلَفَتْ^(١) النُّجُومُ فِي الْجِنْسِ، أَوْ قَدَرِ الْأَجَلِ، أَوْ الْعَدَدِ، أَوْ شَرَطًا^(٢) التَّسَاوِي فِي النُّجُومِ مَعَ التَّفَاوُتِ^(٣) فِي الْمَلِكِ، أَوْ بِالْعَكْسِ، فَفِي صَحَّةِ كِتَابَتِهِمَا الْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِكِتَابَةِ نَصِيهِه بِإِذْنِ الْآخَرِ.

وَقِيلَ: تَبْطُلُ قَطْعًا، فَلَا يَشْتَرُطُ اسْتَوَاءُ مَلِكِ الشَّرِيكَيْنِ فِي الَّذِي تَكَاتَبَا فِيهِ.

وَقِيلَ: يَشْتَرُطُ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ.

فَرْعٌ: مَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ، لَا يَجُوزُ صَرْفُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ لِلْقَدْرِ الْمَكَاتِبِ مِنْهُ عَلَى الصَّحِيحِ، أَوْ الْمَشْهُورِ، وَحِكْمِي وَجْهٌ وَقَوْلٌ، وَمَالَ الرُّوْيَانِيُّ إِلَى تَفْصِيلِ حَسَنِ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُهَيَّأَةً لَا يَجُوزُ، وَإِلَّا فَيَجُوزُ فِي يَوْمِ نَفْسِهِ.

فَرْعٌ: إِذَا كَاتَبَاهُ، ثُمَّ عَجَزَ، فَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا، وَفَسَخَ الْكِتَابَةَ، وَأَرَادَ الْآخَرُ إِنْظَارَهُ وَإِبْقَاءَ الْكِتَابَةِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ كَابِتْدَاءِ الْكِتَابَةِ، فَلَا يَجُوزُ بَغَيْرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَا بِإِذْنِهِ عَلَى الْأَظْهَرِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِالْجَوَازِ بِالْإِذْنِ؛ لِأَنَّ الدَّوَامَ أَقْوَى مِنَ الْإِبْتِدَاءِ.

وَهَلْ يَكُونُ التَّوَافُقُ عَلَى ابْتِدَاءِ الْكِتَابَةِ إِذْنًا فِي إِبْقَائِهَا؟ وَجَهَانٍ.

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا تَوَافَقَا فَقَدْ رَضِيَ بِأَحْكَامِهَا. وَمِنْ أَحْكَامِهَا جَوَازُ الْإِنْظَارِ عِنْدَ^(٤) الْعَجَزِ.

وَأَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ، وَجَعَلَ الْإِرْقَاقَ نَاقِضًا لِمَا جَرَى بِهِ الْإِذْنُ.

وَلَوْ كَاتَبَ رَجُلٌ عَبْدَهُ، وَمَاتَ عَنْ ابْنَيْنِ، وَعَجَزَ الْمَكَاتِبِ، فَأَرْقَاهُ أَحَدُهُمَا، وَأَرَادَ الْآخَرُ إِنْظَارَهُ، فَفِيهِ الطَّرِيقَانِ، وَأَوَّلَى بِالْمَنْعِ^(٥)؛ لِأَنَّهَا صَدَرَتْ أَوَّلًا [مِنْ] وَاحِدٍ، فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ كَاتَبَ بَعْضَ عَبْدِهِ.

(١) فِي (ظ): « اَخْتَلَفَ ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « شَرْطٌ »، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤٧٤).

(٣) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: « التَّسَاوِي »، خَطَأً. الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤٧٤).

(٤) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: « عَنْ »، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤٧٥).

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ: « بِالْإِبْقَاءِ » بَدَلُ: « بِالْمَنْعِ ».

فَصُلُّ: قد ذَكَرْنَا الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ بِأَرْكَانِهَا وَشُرُوطِهَا.

فَأَمَّا الَّتِي لَا تَصِحُّ، فَتَنْقَسِمُ إِلَى بَاطِلَةٍ وَفَاسِدَةٍ:

أَمَّا الْبَاطِلَةُ، فَهِيَ الَّتِي اخْتَلَّ بَعْضُ أَرْكَانِهَا؛ بَأَن كَانَ السَّيِّدُ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ مُكْرَهًا عَلَى الْكِتَابَةِ، أَوْ كَانَ الْعَبْدُ كَذَلِكَ، أَوْ كَاتَبَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ عَبْدَهُمَا، أَوْ لَمْ يَجْرِ ذِكْرُ عَوْضٍ، أَوْ ذَكَرَ مَا لَا يَقْصَدُ، وَلَا مَالِيَّةَ فِيهِ، كَالْحَشْرَاتِ، وَالْدَمِّ، أَوْ اخْتَلَّتِ الصَّيغَةُ؛ بَأَن فَقَدَ الْإِيجَابَ أَوْ الْقَبُولَ، أَوْ لَمْ يُوَافِقْ أَحَدُهُمَا الْآخِرَ [١٣٤٤ / ١].

وَأَمَّا الْفَاسِدَةُ، فَهِيَ الَّتِي اخْتَلَّتْ صَحَّتُهَا لَشَرْطٍ فَاسِدٍ فِي الْعَوْضِ؛ بَأَن ذَكَرَ خَمْرًا، أَوْ خَنِزِيرًا، أَوْ مَجْهُولًا، أَوْ لَمْ يُؤَجِّلْهُ، أَوْ لَمْ يُنَجِّمُهُ، أَوْ كَاتَبَ بَعْضَ الْعَبْدِ.

وَضَبَطَهَا الْإِمَامُ^(١) فَقَالَ: إِذَا صَدَرَتِ الْكِتَابَةُ؛ إِيجَابًا وَقَبُولًا مِمَّنْ تَصَحُّ عِبَارَتُهُ، وَظَهَرَ اشْتِمَالُهَا الْمَالِيَّةَ، لَكِنِهَا لَمْ تَجْمَعْ شَرَائِطَ الصَّحَّةِ، فَهِيَ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ.

وَجَعَلَ الصَّيْدُ لَانِيَّ الْكِتَابَةَ عَلَى دَمٍ أَوْ مَيْتَةٍ كِتَابَةً فَاسِدَةً، كَالْكِتَابَةِ عَلَى خَمْرِ.

إِذَا عَرَفَ هَذَا، فَالْكِتَابَةُ الْبَاطِلَةُ لَاغِيَةٌ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا صَرَّحَ بِالتَّعْلِيقِ، وَهُوَ مِمَّنْ يَصِحُّ تَعْلِيقُهُ، ثَبَتَ حُكْمُ التَّعْلِيقِ.

وَأَمَّا الْفَاسِدَةُ، فَإِنَّهَا تَشَارِكُ الصَّحِيحَةَ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ، كَمَا سَنَذْكُرُهُ [عَلَى الْأَثَرِ] إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بِخِلَافِ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْعُقُودِ، لَا يَفْرُقُ بَيْنَ فَاسِدِهَا وَصَحِيحِهَا؛ لِأَن مَقْصُودَ الْكِتَابَةِ الْعِتْقُ، وَهُوَ لَا يَبْطُلُ بِالتَّعْلِيقِ عَلَى فَاسِدٍ.

قَالَ الْأَصْحَابُ: تَعْلِيقُ الْعِتْقِ بِالصَّفَةِ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ.

أَحَدُهَا: التَّعْلِيقُ الْخَالِي عَنْ الْمَعَاوِضَةِ، كَقَوْلِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، أَوْ كَلَّمْتَ فَلَانًا، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ وَمِنْ هَذَا: إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ كَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنَّ الْمَالَ لَيْسَ مَذْكُورًا عَلَى سَبِيلِ الْمَعَاوِضَةِ، فَهَذَا الْقِسْمُ لَا زِمَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ، وَلَا لِلْعَبْدِ، وَلَا لِهَمَا، رَفْعُهُ بِالْقَوْلِ، وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

وإذا وُجدت الصفةُ في حياة السيد، عَتَقَ، وَكَسَبُهُ قبل وجودِ الصفةِ للسيد.

ولو أبرأه في صورة التعليقِ بأداءِ المالِ عن المال، لم يَعْتِقْ، ولا تراجعَ بين السيد وبينه.

القسم الثاني: التعليقُ في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة، وهو الكتابة الصحيحة، وستأتي أحكامها إن شاء الله تعالى.

الثالث: التعليقُ في عقدٍ فيه معنى المعاوضة، ويغلبُ فيه معنى التعليق، وهو الكتابةُ الفاسدة، وهي كالصحيحة في أحكام.

أحدها: أنه إذا أَدَّى العبدُ المسمَّى، عَتَقَ بموجبِ [التعليق]، ولا يَعْتِقُ بإبراء السيد، ولا بأداء الغيرِ عنه تبرُّعاً؛ لأنَّ الصفةَ لا تحصلُ بهما. ولو اعتاض عن المسمَّى، لم يَعْتِقْ أيضاً.

الثاني: أنه يستقلُّ بالاكْتِسَابِ، فيتردَّدُ ويتصرَّفُ، فيؤدِّي المسمَّى، وَيَعْتِقُ. وإذا أَدَّى، فما فَضَلَ من الكسب، فهو له؛ لأنَّ الفاسدةَ كالصحيحةَ في حصولِ العتقِ بالأداء، فكذلك في الكَسْبِ، وولدُ المكاتبِ من جارية، ككسبه، لكن لا يجوزُ له بيعُهُ؛ لأنه مكاتب عليه، فإذا عَتَقَ، تبعهُ، وعَتَقَ عليه. وهل يتبعُ المكاتبَةُ كتابةً فاسدةً ولدها؟ طريقان.

المذهب: نعم، كالكسبِ.

والثاني: قولان، كما سبق في بابِ التدبيرِ في ولدِ المعلقِ عتقها بصفة.

الثالث: ذكرَ الإمام^(١)، والغزاليُّ أنه إذا استقلَّ، سقطتْ نفقتهُ عن السيد، وأنَّ له^(٢) معاملتهُ كالمكاتبِ كتابةً صحيحةً.

والذي ذكره البغوي^(٣): أنه لا تجوزُ معاملتهُ مع السيد، ولا ينفذُ تصرُّفه فيما في [يده]، كما في المعلق عتقه بصفة، ولعلَّ لهذا أقوى.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٦٠).

(٢) كلمة: «له» ساقطة من المطبوع.

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٢٧).

فَرَع: المكاتبُ كتابةً صحيحةً، هل له السفرُ بغيرِ إذنِ السيدِ ؟ فيه نصّان، فقل: قولان.

أظهرهما: الجواز؛ لأنه يستعينُ به على الكسبِ، ولأنه في يدِ نفسه، وعليه دين مؤجل، فلم يمنع السفر. وقيل: نصُّ الجوازِ محمولٌ [١٣٤٤ / ب] على سفرٍ قصير، والمنعُ على طويل.

وقيل: الجوازُ إذا لم يحلَّ النجسُ، والمنعُ إذا حلَّ، فإنَّ جَوَزناه، فهل يجوزُ للمكاتبِ كتابةً فاسدةً ؟ وجهان.

أصحهما: لا.

فَرَع: وتفاوت (١) الفاسدةُ الصحيحةُ في أمور.

أحدها: إذا أدَّى المسمّى في الفاسدة، وعَتَقَ، رجعَ على السيدِ بما أدَّى، ورجعَ السيدُ عليه بقيمته يوم العتق.

وفي قول ضعيفٍ: يرجعُ بقيمة يوم العقد، فإن هلك المسمّى في يد السيد، رجع العتيقُ بمثله (٢) أو قيمته، فإن كان الواجبُ على السيدِ من جنسِ القيمة؛ بأن كان غالب نقدِ البلد، فهو على أقوالِ التقاصّ، وسنذكرها إن شاء الله تعالى.

وإذا حصلَ التقاصّ، وفصلَ لأحدهما شيءٌ، رجعَ به، وإنما يثبتُ التراجعُ إذا كان المسمّى مالاً، فإن كان خمرًا، أو نحوه، لم يرجع العتيقُ على السيدِ [بشيء]، ويرجعُ السيدُ عليه بالقيمة.

الثاني: للسيدِ فسخُ الكتابةِ الفاسدة، بخلافِ الصحيحة. ثم إن شاء فسَخَ بنفسه، وإن شاء رفعَ الأمرَ إلى القاضي، ليحكمَ بإبطالها، أو يفسخها.

قال الرُّوْيَانِيُّ (٣): وهو كما لو وجدَ المشتري المبيعَ معيباً، له أن يفسخَ بنفسه، وله أن يرفعَ الأمرَ إلى القاضي ليفسخَ، ولا يبطلها القاضي بغير طلبِ السيد.

(١) في المطبوع: «تفاوت» بدون «الواو».

(٢) في المطبوع: «بثلثه».

(٣) الروياني: هو القاضي عبد الواحد بن إسماعيل، صاحب «البحر».

وقال ابنُ سَلَمَةَ^(١): لا سبيلَ إلى إبطالِ الفاسدةِ بالقولِ ؛ لأنَّ العتقَ فيها يحصلُ بالتعليقِ، والتعليقُ لا يصحُّ إبطالُهُ، والصحيح: الأولُ. فإذا فسَخَها، أو حكَمَ الحاكمُ بإبطالِها، ثم أدَّى المسمَّى، لم يَعتَقْ؛ لأنَّه إنَّ كانَ تعليقاً، فهو في ضمنِ مُعاوضته، فإذا ارتفعتِ المعاوضة، ارتفعَ ما تضمَّنَتْه من التعليقِ، وليشهدِ السيدُ على الفسخِ، فإنَّ أدَّى المسمَّى، وقال: أدَّيْتُه قبلَ الفسخِ، وقال السيدُ: بل بعده، صدَّقَ العبدُ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُ الفسخِ، وعلى السيدِ البيِّنَةُ.

الثالث: إذا عتقَ المكاتبَ كتابةً فاسدةً، لا عَنَ جهةِ الكتابةِ، أو باعَهُ، أو وهبَهُ، كانَ فَسْخاً للكتابةِ.

ولو اعتَقَهُ عن كَفَّارةٍ، أجزأه، نصَّ عليه في [الأُم].

قال الشيخُ أبو عليٍّ^(٢): إذا عتَقَ لا عَنَ جهةِ الكتابةِ، لا يتبعُهُ الكسْبُ والولدُ، بخلافِ الكتابةِ الصحيحةِ؛ لأنَّ المكاتبَ هناك استحقَّ العتقَ على السيدِ بعقدٍ لازمٍ، واستحقَّ استتباعَ الولدِ والكسبِ، فليسَ للسيدِ إبطالُهُ، وهنا^(٣) لا استحقاقَ على السيدِ، فجعلَ فاسخاً.

قال: وعَرَضْتُ لهذا على القَفَّالِ، فاستحسنه، وأقرَّني عليه، ولم يَرِ غيره.

وحكى الإمامُ وجهاً: أَنه لا يَجْزِي عن الكَفَّارةِ، ولا يتبعُهُ الولدُ والكسْبُ، والصحيح: الأولُ.

الرابع: تَبْطُلُ الكتابةُ الفاسدةُ بموتِ السيدِ، ولا يَعتَقُ بالأداءِ إلى الوارثِ بعدَ الموتِ، بخلافِ الصحيحةِ، فإنَّ قال: إنَّ أدَّيْتُ إلى وارثي كذا بعد موتي، فأنتَ حُرٌّ، عتَقَ بالأداءِ إليه.

الخامس: لا يجبُ الإيتاءُ في الفاسِدةِ.

السادس: لو كاتبَ أمةً كتابةً فاسدةً، وعَجَزَت عن الأداءِ فَأَرَقَّها، أو فسَخَ

(١) هو أبو الطيب، محمد بن المفضل بن سَلَمَةَ.

(٢) هو الشيخ أبو عليٍّ السَّنْجِيُّ، الحُسَيْن بن شُعَيْب.

(٣) في المطبوع: « وهناك ».

الكتابة قبل عجزها، لم يجب الاستبراء، بخلاف الصحيحة.

السابع: لو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة، فهل يعتق كالصحيحة، أم لا؛ لأن الصفة لم توجد على وجهها؟ وجهان.

قلت: أصحهما الثاني. والله أعلم.

الثامن^(١): يلزم السيد فطره المكاتب كتابة [١٣٤٥ / ١] فاسدة.

التاسع: هل يُصرف سهم المكاتبين إلى المكاتب كتابةً فاسدة؟ وجهان.

الأصح المنصوص: المنع.

العاشر: المسافرة ممنوعة في الفاسدة على المذهب، جائزة في الصحيحة على

المذهب، كما سبق. وبالله التوفيق.



(١) في المطبوع زيادة: « مَنْ »، وهي إقحام ناسخ، أو غيره.

الباب الثاني في أحكام الكتابة الصحيحة

هي خمسة:

الأول: حصول العتق، ويتعلق بما يحصل به العتق مسائل:

إحداها: أنه يحصل بأداء كل النجوم، وكذا بالإبراء، وفي حصوله بالاستبدال عن النجوم خلاف، سنذكره إن شاء الله تعالى.

وإذا جوزنا الحوالة بالنجوم، أو عليها، حصل العتق بنفس الحوالة.

ولو أدى بعض النجوم، أو أبرأه عن بعضها، لم يعتق شيء منه؛ بل يتوقف على الجميع؛ للحديث الحسن: «المُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهَمٌ»^(١).

ولو كاتب عبداً صفقة واحدة، فقد سبق أن المذهب صحته، وأنه إذا أدى بعضهم حصته، عتق، وإن لم يؤد الآخرون شيئاً.

ولو كاتب اثنان عبدهما معاً، فليست بينهما في الأداء، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ولو كاتب إنسان عبداً، ومات، وخلف ابنين، فأدى نصيب أحدهما بغير إذن الآخر، لم يعتق. وإن أدى بإذنه، ففي عتقه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

(١) أخرجه (أبو داود: ٣٩٢٦)، و(البيهقي في السنن الكبرى: ١٠ / ٣٢٤) من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وحسنه المصنف كما ترى، وقال الحافظ في (بلوغ المرام: ٤٠٠) بتحقيق: «أخرجه أبو داود بإسناد حسن، وأصله عند أحمد والثلاثة، وصححه الحاكم»، وانظر: (التلخيص الحبير: ٤ / ٢١٦).

الثانية: لا تنفسخ الكتابةُ بجنون السيد، ولا العبد، ولا بإغمائهما.

فإن جُنَّ السيد، فعلى المكاتب تسليم النجوم إلى وليه، فإن سلم إليه، لم يعتق؛ لأن قبضه فاسد، ولو تلف في يده، فلا ضمان؛ لتقصيره بالتسليم إليه.

ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤدّيه، فللوليّ تعجيزه.

ولو حَجَرَ عليه بالسّفه، فهو كالجنون، فلو أدّى المكاتب إليه في حال الحَجَر، وعَجَزَه الولي، ثم رُفِعَ الحَجَر عنه، استمرّ التعجيز. وقيل: فيه قولان، كما سبق في المرتد إذا^(١) أخذ^(٢) النجوم، وعَجَزَ الحاكم المكاتب، ثم أسلم المرتد، والمذهب: الأول؛ لأن حَجَرَ السّفه أقوى. ولهذا لا ينفذ تصرّفه قطعاً، بخلاف المرتد في قول، ولأن حَجَرَ السّفه؛ لحفظ ماله. فلو حُسِبَ عليه ما أخذه، وأتلفه في حال الحَجَر، لم يحصل حفظ المال، وحَجَرُ المرتد لحقّ المسلمين، فإذا أسلم، لم يبقَ لهم في ماله حق.

وأما إذا جُنَّ المكاتب، فأدّى في جنونه، أو أخذه السيد من غير أداء منه، فيعتق؛ لأن قبض النجوم مستحق.

ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب، وقع موقعه.

هذا هو^(٣) المعروف في المذهب.

وقال الإمام^(٤): «إن عَسِرَ وصولُ السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادف، فله ذلك، وإن أمكن مراجعة الولي، فلا وجه لاستبداده بالقبض، فلو استبدّد، لم يصح، وإذا لم يصح، فلو أقبض المجنون، لم يكن لإقباضه حكم.

وحكى قولاً أو وجهاً أن الكتابة تنفسخ بجنون المكاتب^(٥)، والمذهب: الأول.

(١) في (ظ): « وإذا ».

(٢) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٨٥): « آخر ».

(٣) كلمة: « هو » ساقطة من المطبوع.

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٦٢).

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٦٢ - ٣٦٣).

هَذَا فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ، أَمَّا الْفَاسِدَةُ، [فَهَلْ] تَبْطُلُ بِجُنُونِهِمَا وَإِغْمَائِهِمَا ؟
فِيهِ أَوْجُهُ.

أَحَدُهَا: نَعَمْ، كَالشَّرْكَاءِ.

وَالثَّانِي: لَا، كَالْبَيْعِ بِشَرَطِ الْخِيَارِ.

وَأَصْحُهَا عِنْدَ الْجُمْهُورِ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ: تَبْطُلُ بِجُنُونِ السَّيِّدِ وَإِغْمَائِهِ،
وَبِالْحَجَرِ عَلَيْهِ، لَا بِجُنُونِ الْعَبْدِ وَإِغْمَائِهِ؛ لِأَنَّ الْحَظَّ فِي الْكِتَابَةِ [لِلْعَبْدِ] لَا لِلْسَّيِّدِ.
فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَبْطُلُ، فَأَفَاقَ، وَأَدَّى الْمُسَمَّى، عَتَقَ، وَثَبَتَ [١٣٤٥ / ب] التَّرَاجُعُ.

قَالُوا: وَكَذَا لَوْ أَخَذَ السَّيِّدُ فِي جُنُونِهِ، وَقَالُوا: يَنْصَبُ السَّيِّدُ^(١) مَنْ يَرْجِعُ لَهُ^(٢).

وَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَعْتَقَ بِأَخِذِ السَّيِّدِ هُنَا، وَإِنْ قُلْنَا: يَعْتَقُ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ؛ لِأَنَّ
الْمَغْلَبَ هُنَا التَّعْلِيْقَ، وَالصِّفَةُ الْمَعْلُوقُ عَلَيْهَا الْأَدَاءُ^(٣) مِنَ الْعَبْدِ، وَلَمْ يَوْجَدْ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَبْطُلُ، فَأَدَّى الْمُسَمَّى، لَمْ يَعْتَقَ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ بِالتَّعْلِيْقِ فِي
الْفَاسِدَةِ يَتَّبِعُهَا، فَإِذَا بَطَلَتْ، بَطَلَ التَّعْلِيْقُ، كَمَا لَوْ فَسَخَهَا السَّيِّدُ^(٤).

وَالثَّانِي: يَعْتَقُ، فَعَلَى هَذَا: قَالَ الْإِمَامُ^(٥): الْوَجْهُ الْقَطْعُ بِأَنَّ لَا تَرَاجُعَ؛ لِأَنَّ
التَّرَاجُعَ مُقْتَضِي الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ، وَقَدْ زَالَتْ، وَبَقِيَ التَّعْلِيْقُ الْمُخْضَرُّ.

وَقِيلَ: يَثْبُتُ.

قَالَ: وَمَسَاقُهُ أَنْ يَتَّبِعَهُ الْكَسْبُ، وَهَذَا ضَعِيفٌ.

الثَّالِثَةُ: إِذَا كَاتَبَ الشَّرِيكَانِ مَعًا، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ، عَتَقَ.

وَهَلْ يَسْرِي إِلَى نَصِيْبِ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا؟ وَجِهَانٌ، أَوْ قَوْلَانِ. الصَّحِيْحُ
الْمَشْهُورُ: يَسْرِي.

(١) فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٤٨٦): « الْحَاكِمُ » بَدَلُ « السَّيِّدِ ».

(٢) فِي (ظ): « عَلَيْهِ ».

(٣) فِي (أ)، وَالْمَطْبُوعُ: « بِالْأَدَاءِ ».

(٤) فِي (ظ): « الثَّانِي »، سَبَقَ قَلَمُ مِنَ النَّاسِخِ.

(٥) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٩ / ٣٦٤).

وفي وقتِ السَّرايةِ قولانٍ .

أحدهما: في الحال ؛ لئلاَّ تتبعضَ الحرِّيَّةُ .

وأظهرهما: لا يثبتُ في الحال ؛ لأنه قد انعقدَ سببُ الحرِّيَّةِ في النصفِ الآخرِ ، وفي التعجيلِ ضررٌ على السيدِ ؛ لفواتِ الولاءِ ، وبالمكاتبِ بانقطاعِ الولدِ والكسبِ عنه .

فإن قلنا: تتعجلُ السَّرايةُ، فهل تنفسخُ الكتابةُ في نصيبِ الشريكِ، أم يسري العتقُ مع بقاءِ الكتابةِ ؟ وجهان . الصحيحُ، وبه قطعُ الجمهورُ: تنفسخُ ؛ لأنَّ الإعتاقَ أقوى من الكتابةِ، فعلى هذا: يَعتَقُ كُلُّهُ على الشريكِ المعتق^(١)، ويكونُ له الولاءُ .

والثاني: يسري العتقُ مع بقاءِ الكتابةِ ؛ لئلاَّ يبطلَ حقُّ الغيرِ، فعلى هذا: ولائُ النصفِ الآخرِ للشريكِ، لا للمعتقِ حينئذٍ^(٢) .

وإن قلنا: لا تتعجلُ السَّرايةُ، فأدَّى نصيبُ الآخرِ من النجومِ، عَتَقَ عن الكتابةِ، وكان الولاءُ بينهما . وإن عَجَزَ، وعادَ إلى الرقِّ ثبتت السَّرايةُ حينئذٍ، ويكونُ الولاءُ كُلُّهُ للمعتقِ، ويجيءُ الخلافُ في أنها تثبُتُ^(٣) بنفسِ العَجَزِ، أم بأداءِ القيمةِ، [أم يتبيَّنُ^(٤) بأداءِ القيمةِ] حصولُ التعليقِ من وقتِ العَجَزِ ؟ ويجري هذا الخلافُ على قولنا بتعجيلِ السَّرايةِ .

وإن مات قبلَ الأداءِ والعَجَزِ، فقد مات بعضُهُ رقيقاً، وبعضُهُ حرّاً . وهل يورثُ ؟ فيه القولانِ السابقانِ في الفرائضِ .

ولو أبرأه أحدُ الشريكينِ عن نصيبه من النجومِ، فهو كما لو أعتقَهُ، والقولُ في السَّرايةِ، وفي وقفيها كما ذكرنا لو أعتقَ أحدهما نصيبه . [ولو قبضَ أحدهما نصيبه] من النجومِ برضاً صاحبه، فهل يَعتَقُ نصيبُهُ ؟ فيه خلافٌ سنذكره في الحكمِ الثاني إن شاء الله تعالى . فإن قلنا: يَعتَقُ، فهو كالإعتاقِ في السَّرايةِ ووقفتها . قال الإمامُ :

(١) في (ظ)، والمطبوع: « للمعتق » .

(٢) قوله: « حينئذٍ » ليس في (أ) .

(٣) في المطبوع: « ثبتت » .

(٤) في المطبوع: « يثبت »، خطأ .

ولا نقول: إنه مجبرٌ على القبضِ فلا يسري؛ لأنه مختارٌ في إنشاء الكتابة التي اقتضت إيجابه على القبض، فهو كما لو قال أحد الشريكين: إذا طلعت الشمس فنصيبي حرٌّ، فإذا طلعت، عتق نصيبه، وسرى؛ لأنه مختارٌ في التعليق.

ولو كاتب عبدًا، ومات عن ابنين، فعتق أحدهما نصيبه، وقلنا: يعتق نصيبه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، لم يسر؛ لأنه مجبرٌ على القبض، وابتداء الكتابة لم يصدر منه.

فزع: قال العبدُ لمالكيه، وقد كاتباه: قد أعطيتكما النجوم، وأنكرا، صدقا باليمين.

وإن صدقه أحدهما، وكذبه الآخر، عتق نصيب المصدق [١٣٤٦ / ١]، ويصدق المكذب بيمينه. وهل يسري العتق؟ فيه خلاف سنذكره قريباً، إن شاء الله تعالى، والمذهب: المنع، والاختلاف في غير النجم الأخير، كالإختلاف فيه؛ لأن العتق لا يحصل بغير الأخير.

ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت إليك جميع النجوم؛ لتأخذ نصيبك، وتدفع نصيب الآخر إليه، فقال: دفعت إلي نصيبي، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك، وأنكر الآخر القبض، عتق نصيب المقر، وصدق في أنه لم يقض نصيب الآخر بيمينه، وصدق الآخر في أنه لم يقض نصيبه، ولا حاجة إلى اليمين؛ لأن المكاتب لا يدعي عليه شيئاً.

ثم يتخير المنكر بين أن يأخذ حصته من النجوم من العبد، وبين أن يأخذ من المقر نصف ما أخذ؛ لأن كسب المكاتب متعلق حقهما بالشركة، ويأخذ الباقي من العبد، ولا تقبل شهادة المقر عليه؛ لأنه متهم بدفع المشاركة عنه.

وإذا عجز المكاتب عما طالب المنكر به، فله تعجيله وإرقاق نصيبه.

ثم عن نصه في «الإملاء»: أنه يقوم ما أرقه على المقر، ونقله ابن سلمة، وابن خيران إلى الصورة السابقة، وجعلوا التقويم عند العجز في صورتين على قولين، وامتنع الجمهور من نقله إلى تلك الصورة، وفرقوا بأن العبد هناك يقول: أنا حرٌّ كامل الحال، فلا يستحق التقويم، وهنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق.

ولو قال المكاتب لأحدهما: دفعت النجوم إليك؛ لتأخذ نصيبك وتدفع نصيب

الآخر إليه، كما صوّرنا، فقال في الجواب: قد فعلت ما أمرت به، فأنت عتيق، وأنكر الآخر عتق نصيب المقر، وصدق المنكر بيمينه، فإذا حلف، بقي نصيبه مكاتباً، وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب، وبين أخذه من المقر؛ لإقراره بأخذها، ومن أيهما أخذ، عتق نصيبه.

ثم إن أخذها من المكاتب، فله الرجوع على المقر؛ لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك؛ فإنه كان ينبغي أن يشهد عليه.

وإن أخذها من المقر، فلا رجوع له على المكاتب؛ لاعترافه بأنه مظلوم.

وإذا^(١) اختار الرجوع على المكاتب، فلم يأخذ حصته من المقر، ولم يدفعها إلى المنكر، وعجز نفسه، فنصفه حر، ونصفه رقيق، فيقوم على المقر، فيأخذ المنكر منه قيمة النصف، ويأخذ أيضاً ما أقر بقبضه له؛ فإنه كسب النصف الذي كان ملكه.

الرابعة: كاتب عبد، ومات عن ابنين، فهما قائمان مقامه في أنهما إذا اعتقاه أو أبراه عن النجوم، عتق، وكذا لو استوفياها.

ولو اعتقه أحدهما، أو أعتق نصيبه، عتق نصيبه، وكذا لو أبراه أحدهما عن نصيبه من النجوم.

وقال المُرْنِي: لا يعتق نصيبه بالإبراء حتى يبرئه الآخر، أو يستوفي منه، كما لو كان الأب حياً فأبراه عن بعض النجوم.

وأجاب الأصحاب بأن هناك لم يبرئه عن جميع ما له عليه، وهنا أبراه الابن عن جميع ما له عليه، فصار كأحد الشريكين يبرئه عن نصيبه من النجوم، وهذا الذي ذكرنا من أنه إذا أعتق الابن نصيبه، أو أبراه عن نصيبه، يعتق، هو^(٢) الذي قطع به الأصحاب.

وقال البغوي [١٣٤٦ / ب]: مقتضى سياق «المختصر» حصول قولين في عتق نصيبه.

(١) في المطبوع: « فإذا ».

(٢) في المطبوع: « وهو ».

أحدهما: العتق .

وأظهرهما: المنع؛ بل يوقف، فإن أدّى نصيب الآخر، عتق كُله، والولاء للأب، وإن عجز، فإن كان قد أعتق نصيبه، عتق الآن نصيبه .
ثم إن كان معسراً، فله ولاء ما عتق، والباقي قين للآخر .
وإن كان موسراً، قوّم عليه الباقي، وبطلت كتابة الأب، وكان ولاء الجميع للابن .

وإن كان قد أبرأه عن نصيبه من النجوم، لم يعتق منه شيء بالعجز؛ لأن الكتابة تبطل بالعجز، والعتق في غير الكتابة لا يحصل بالإبراء، والمذهب ما قدّمناه عن الأصحاب . فعلى هذا: إن كان الذي أعتق نصيبه، أو أبرأه معسراً، بقيت الكتابة في نصيب الآخر، فإن عجز، عاد قيناً، وإن أدّى، وعتق، فولأؤه للأب . وأمّا ولاء نصيب الأول، فالأصح أنه للأب أيضاً .
وقيل : للابن .

وقيل : إن أعتقه، فله، وإن أبرأه، فللأب .

وإن كان موسراً، فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك ؟ إذا قلنا بالأصح؛ لأن الكتابة لا تمنع السرية ؟ فيه قولان .

أحدهما: نعم، كما لو كاتبه شريكاً، ثم أعتقه أحدهما .

وأظهرهما: لا؛ لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها، والميث لا يقوّم عليه، والابن كالنائب عنه، فإن قلنا: يسري، فهل يسري في الحال، أم^(١) عند العجز ؟ قولان كما سبق في الشريكين .

أظهرهما: الثاني، فإن قلنا يسري في الحال، فحكى الإمام وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه، كما حكاها في صورة الشريكين، والذي قطع به الجمهور: الانفساخ فيه، وإثبات ولاءه للمعتق، وفي ولاء النصف الأول وجهان .

أحدهما: للمعتق فقط؛ لأن نصيب الآخر بقي رقيقاً .

وأصْحُهُمَا: أنه لهما؛ لأنه عَتَقَ بحكم كتابة الأب، فثبت له الولاء، وينتقلُ إليهما بالعُصُوبة.

وإذا قلنا: لا تنفِسخُ الكتابة فيما سرى إليه، فولاءُ الجميع للأب.

وإن قلنا: إنَّ السرايةَ تثبُتُ عند العجز، فإن أدّى نصيبَ الآخر، عَتَقَ كُلَّهُ، وولاءُ لالأب، وإن عَجَزَ، فطريقان.

أحدهما: تبطلُ الكتابة، ويكون ولاءُ الجميع له.

وأصْحُهُمَا: أنَّ ولاءَ ما سرى العتقُ إليه، وقومُ عليه له.

وفي ولاءِ النصفِ الأولِ الوجهانِ. وقد يختصُّ الوجهانِ بصورة الإعتاق.

وفي صورة الإبراءِ يكونُ ولاءُ النصفِ للأب، ينتقلُ إليهما قطعاً.

أمَّا إذا قلنا: لا سِرايةَ، فنصيبُ الآخر مكاتب، كما كان، فإن عَتَقَ بأداء، أو إعتاق، أو إبراء، فولاءُ^(١) الجميع للأب. وإن عَجَزَ، بقي نصيبُ رقيقاً. وفي ولاءِ نصيبِ الأولِ الوجهانِ، هل هو له، أم لهما؟

ولو قبضَ أحدُ الابنين نصيبه من النجوم؛ إن كان بغير إذنِ الآخر، فهو فاسِدٌ، وإن كان بإذنه، فقولان، كما سنذكره في الشريكين إن شاء الله تعالى.

فإن صَحَّحنا، فقال الإمام: لا سِراية بلا خلاف؛ لأنه يجبرُ على القبض. ولا سراية حيثُ حصلَ العتقُ بغير اختيارٍ.

وفي « التهذيب »: أن القولَ في عتقِ نصيبه، وفي السِراية كما ذكرنا فيما إذا أعتقَ نصيبه، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم، بلا فَرْقٍ. ولمن قال [١٣٤٧ / أ] بهذا أن يمنعَ كونه مجبراً على القبض، ويقول: له الإعتاقُ والإبراء، فإن لم يفعلْهما، فيشبهُ أن يقال: لا يجبرُ على الانفرادِ بالقبض، وإن جوزناه؛ لأنه لو عَجَزَ عن نصيبِ الثاني، قاسم الأول فيما أخذ، فله الامتناعُ من قبض ما عسى الثاني أن يزاحمه فيه.

فَرُع: خَلَفَ ابْنَيْنِ وعبدًا، فادعى العبدُ أنَّ أباهما كاتبه؛ فإن كَذَباه، صُدِّقا بيمينهما على نفي العلمِ بكتابة الأب، فإن حلفًا، فذاك، وإن نكَلَا، وحلفَ العبدُ

اليمينَ المردودة، ثَبَتَ الكتابة، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، ثَبَتَ الرُّقْ فِي نَصِيبِ الْحَالِفِ، وَتَرَدَّ الْيَمِينُ فِي نَصِيبِ النَّاكِيلِ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً، اشْتَرَطَ رَجُلَانِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْحَرِيَّةَ لَا الْمَالَ.

وإِنْ صَدَّقَاهُ، أَوْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ، فَالْحُكْمُ مَا سَبَقَ قَبْلَ الْفَرْعِ.
وإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ، فَالْمَكْذَبُ يَصَدَّقُ بِيَمِينِهِ. وَأَمَّا نَصِيبُ الْمَصْدُقِ، فَالصَّحِيحُ ثُبُوتُ الْكِتَابَةِ فِيهِ، وَلَا يَضُرُّ التَّبَعِضُ فِيهِ لِلضَّرُورَةِ.
ثُمَّ أَطْلَقُوا الْقَوْلَ بَقَبُولِ شَهَادَةِ الْمَصْدُقِ عَلَى الْمَكْذَبِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ: شَهَادَتُهُ هَذِهِ تَثْبُتُ لَهُ حَقُوقًا؛ فَإِنَّ النُّجُومَ مَوْرُوثَةً، فَإِنْ شَهِدَ بَعْدَ الْإِبْرَاءِ مِنَ النُّجُومِ، فَلَهُ عَرَضٌ فِي السَّرَايَةِ، فَإِنْ نَفَيْنَا السَّرَايَةَ، اتَّجَهَ الْقَبُولُ، وَإِذَا حَكَمْنَا بِأَنَّ نَصِيبَ الْمَصْدُقِ مَكَاتِبٌ، وَالْآخَرُ قِنْ، فَنَصْفُ الْكَسْبِ لَهُ، يُصَرَّفُ فِي جِهَةِ النَّجُومِ، وَنَصْفُهُ لِلْمَكْذَبِ.

وإِنْ اتَّفَقَا عَلَى مُهَيَاةٍ، لِيَكْسِبَ يَوْمًا لِنَفْسِهِ، وَيَوْمًا لِلْمَكْذَبِ، أَوْ يَخْدُمَهُ، جَازٍ، وَلَا إِجْبَارَ عَلَيْهَا عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَا تَقْدِيرَ فِي النَّوْبَتَيْنِ فِي الْمُهَيَاةِ.
وَقَالَ ابْنُ كَجٍّ: يَجُوزُ يَوْمَيْنِ وَثَلَاثَةً، فَإِنْ زَادَ كَسْبُهُ، فَوَجْهَانِ.
وَإِذَا أَدَّى النُّجُومَ، وَفَضَلَ شَيْءٌ مِمَّا كَسَبَ لِنَفْسِهِ، فَهُوَ لَهُ.

ثُمَّ إِنْ أَعْتَقَ الْمَصْدُقُ نَصِيبَ نَفْسِهِ، عَتَقَ. وَفِي سِرَايَتِهِ طَرِيقَانِ، قَالَ الْأَكْثَرُونَ:
قَوْلَانِ، كَمَا لَوْ صَدَّقَاهُ، إِلَّا [أَنَا] إِذَا قَلْنَا بِالسَّرَايَةِ، ثَبَتَ هُنَا فِي الْحَالِ، وَلَا يَجِيءُ الْقَوْلُ الْآخَرُ؛ لِأَنَّ صَاحِبَهُ مُنْكَرُ الْكِتَابَةِ، فَلَا يُمْكِنُ التَّوَقُّفُ إِلَى الْعَجْزِ.

وَقِيلَ: تَثْبُتُ السَّرَايَةُ فِي الْحَالِ قَطْعًا؛ لِأَنَّ مُنْكَرَ الْكِتَابَةِ يَقُولُ: هُوَ رَقِيقٌ لِهَمَّا، فَإِذَا أَعْتَقَ صَاحِبَهُ، ثَبَتَتِ السَّرَايَةُ، فَإِنْ قَلْنَا: لَا سِرَايَةَ، فَوَلَاءُ مَا عَتَقَ، هَلْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا، أَمْ يَنْفَرِدُ بِهِ الْمَصْدُقُ؟ وَجْهَانِ. أَصْحُهُمَا: الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْمُنْكَرَ أَبْطَلَ حَقَّهُ بِالْإِنْكَارِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ بَيْنَهُمَا، فَمَاتَ هَذَا الْعَبْدُ، وَنَصْفُهُ رَقِيقٌ، وَقَلْنَا: إِنْ مِثْلَهُ يَوْرَثُ، وَقَفَتْ حِصَّةُ الْمُنْكَرِ.

وإِنْ قَلْنَا بِالسَّرَايَةِ، فَوَلَاءُ النِّصْفِ الَّذِي سَرَى الْعَتَقُ إِلَيْهِ لِلْمَعْتَقِ، وَفِي وِلَاءِ النِّصْفِ الْآخَرِ الْوَجْهَانِ.

ولو أبرأه المصدِّق عن نصيبه من النجوم، فالمذهب أنه لا سِراية؛ لأن منكرِ الكتابة لا يعترف بعنق نصيبه، ويعتقد الإبراء لغواً.

قال الإمام: ويجيء الخلاف في السِراية، لأن قول المصدِّق مقبول في نصيبه، فإذا أتى بما يقتضي العتق، فالسِراية بعده قهرية، وإن أدَّى نصيب المصدِّق من النجوم، فلا سِراية. وهل يكون ولائاً ما عتق لهما، أم يختص به المصدِّق؟ فيه الوجهان. ولو عجزه المصدِّق، عاد قنّاً، ويكون الكسب الذي في يده للمصدِّق؛ لأن المكذّب [١٣٤٧ / ب] أخذ حصّته.

ولو اختلفا في شيء من أكسابه، فقال المصدِّق: اكتسبته^(١) بعد الكتابة، وقد أخذت نصيبك، فهو لي، وقال المكذّب: بل قبلها، وكان للأب، فورثناه^(٢)، صدّق المصدِّق؛ لأن الأصل عدم الكسب قبل الكتابة.

المسألة الخامسة: إذا قبض النجوم، فوجدها ناقصة، نُقدّم على هذا: أن عوض الكتابة لا يكون إلاّ ديناً كما سبق، ويجوز كونه نقداً وعرضاً^(٣) موصوفاً، وأن من له دين، فقبضه، فوجده دون المشروط، فله ردّه، وطلب ما استحقّه، ولا يبطل العقد، فإن كان المقبوض من غير جنس حقّه، لم يملكه إلاّ أن يعتاضه، حيث يجوز الاعتياض. وإن اطلع على عيب به، نُظر: هل يرضى به؟ فإن رضي، فهل نقول: ملكه بالرضا، أم نقول: ملكه بالقبض، وتأكد الملك بالرضا؟ فيه قولان.

وإن ردّه، فهل نقول: ملكه بالقبض، ثم انتقض الملك بالردّ، أم نقول: إذا ردّ، تبين أنه لا يملكه؟ فيه قولان، ويبني على هذا الخلاف مسائل سبقت كلّها، أو بعضها.

منها: تصارفا في الذمّة، وتقابضا، وتفرّقا، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً، فردّه، إن قلنا: ملك بالقبض، صحّ العقد.

وإن قلنا: تبين أنه لم يملك، فالعقد فاسد؛ لأنهما تفرّقا قبل قبض.

(١) في المطبوع: «كسبته».

(٢) في المطبوع: «فورثنا».

(٣) في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٩٦): «عوضاً».

ومنها: أسلمَ في جارية، وقبضَ جاريةً، فوجدَها معيبةً، فردَّها، هل على المسلم إليه استبرأؤها؟ يبنى على هذا الخلاف.

ومنها: قال الإمام^(١): الموصوفُ في الذمة إذا قبضه، فوجدَه معيباً، إن قلنا: يملكُه بالرضا، فلا شك أن الردَّ ليس على الفور، والملكُ موقوفٌ على الرضا. وإن قلنا: يملكُ بالقبض، فيحتملُ أن يقال: الردُّ على الفور، كما في شراء الأعيان.

والأوجه: المنع؛ لأنه ليس معقوداً^(٢) عليه، وإنما يثبتُ الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد؛ إبقاءً للعقد^(٣).

إذا ثبتَ هذا، فإذا^(٤) وجدَ السيدُ بالنجومَ المقبوضة أو بعضها عيباً، له الخيارُ، بين أن يرضى به، أو يردَّه، ويطالبَ ببدله، سواء العيبُ اليسيرُ، والفاحشُ.

فإن كان العيبُ في النجم الأخير، فإن رضي به، فالعتقُ نافذٌ قطعاً، ويكونُ رضاهُ بالعيبِ كالإبراء عن بعضِ الحقِّ. وهل يحصلُ العتقُ من وقتِ القبضِ، أم عند الرضا؟ وجهان.

أصحُّهما: الأولُ.

وإن أرادَ الردَّ والاستبدالَ، فردَّ، فإن قلنا: نتيينُ بالردِّ أنَّ الملكَ لم يحصلُ بالقبضِ، فلا عتقَ، وإن أدى بعد ذلك على الصفةِ المستحقَّة، حصلَ العتقُ حينئذٍ.

وإن قلنا: يحصلُ الملكُ في المقبوض وبالردِّ يرتفعُ، فوجهان.

أحدهما: أنَّ العتقَ كان حاصلاً، إلَّا أنه كان بصفةِ الجواز، فإذا ردَّ العوضُ، ارتدَّ.

وأصحُّهما: نتيينُ أن العتقَ لم يحصلَ؛ إذ لو حصلَ، لم يرتفعُ، ولا يثبتُ العتقُ هنا بصفة اللزوم باتفاقِ الأصحاب.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٤ - ٣٩٥).

(٢) في المطبوع: «بمعقود»، المثبت موافق لما في (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٥).

(٣) في (أ): «للعبد».

(٤) في المطبوع: «فإن».

ولو تلفَ عند السيد ما قبضَهُ، ثم عرف أنه كان مَعِيَّاً، فقد قدَّمَ الإمام^(١) عليه، أنه لو اتفقَ ذلك في عَيْنٍ، فإنَّ رضيَ، فالذي يدلُّ عليه فَحْوَى كلام [١٣٤٨ / ١] الأصحاب، أن الرِّضَا كافٍ، ولا حاجةَ إلى إنشاءٍ إبراءٍ؛ لأنَّ الأَرْضَ كالْعَوْضِ في الردِّ، والردُّ يكفي في سقوطِ الرِّضَا، فكذا الأَرْضُ. فإنَّ^(٢) طلبه، تقرر، ولم يسقطْ إلاَّ بالإسقاطِ.

وأما النجومُ، فإنَّ رضيَ، فالعتق^(٣) نافذٌ، ويعودُ الوجهانِ في أنه يحصلُ عند الرضا، أم يستندُ إلى القبض؟ وإنَّ طلبَ الأرضِ، تبيَّن أنَّ العتقَ لم يحصلُ، فإذا أدَّى الأرضُ، حصلَ حينئذٍ، وإنَّ عَجَزَ، فللسيدِ إرقاقُهُ، كما لو عَجَزَ ببعض النجوم. ويجيءُ الوجهُ الآخرُ، وهو أنه يرتفعُ العقدُ بعد حصوله.

وفي قَدَرِ الأرضِ وجهانِ.

أحدهما: ما نقصَ من قيمة^(٤) رِقْبَةِ العبدِ بحسَبِ نُقصانِ العيبِ من قيمةِ النجوم، وبهذا قطع السَّرْحَسِيُّ.

والثاني: ما نقصَ مِنَ النجومِ المقبوضةِ بسببِ العيبِ.

ونقل الرُّويانيُّ ترجيحَ هذا الوجه، وأجريَّ الوجهانِ في كل عقد وردَّ على موصوفٍ في الذمة.

قال الإمام^(٥): وأمثلةُ منهما أن يقال: يغرمُ السيدُ ما قبضَ، ويطالبه بالمسمَّى بصفاته المشروطة.

أما إذا قبضَ النجومُ، فوجدَها ناقصةَ الكيلِ، أو الوزنِ، فلا يَعتَقُ بلا خلاف، سواء بقي المقبوضُ في يد السيدِ، أم تلفَ؛ فإنَّ رضيَ بالناقصِ، فحينئذٍ يَعتَقُ بالإبراءِ عن الباقي.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٦).

(٢) في المطبوع: « وإن ».

(٣) في المطبوع: « فالحق » بدل: « فالعتق »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٩٧).

(٤) في (ظ)، والمطبوع زيادة: « قدر »، ليست في (فتح العزيز: ١٣ / ٤٩٨).

(٥) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٧).

السادسة: إذا خرج بعض النجوم مستحقاً، تبين أن لا عتق؛ لأن الأداء لم يصح، وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب، تبين أنه مات رقيقاً، وأن ما تركه للسيد دون الورثة.

ولو قال السيد عند الأخذ: اذهب، فأنت حرٌّ، أو قد عتقت، ثم بان الاستحقاق، فهل يحكم بالحرية؛ مؤاخذه له، أم لا؛ لأنه بناء على ظاهر الحال، وهو صحة الأداء؟ وجهان.

أصحهما: الثاني، وهو المنصوص، وهما كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مستحقاً وكان قد قال في مخاصمة المدعي: إنه كان ملكاً للبائع فلان إلى أن اشتريته منه، أنه هل يرجع بالثمن على بائعه؟ وجزم البغوي بالأصح في المسألتين، ثم قال: ولو اختلفا، فقال المكاتب: أعتقتني بقولك: أنت حرٌّ، وقال السيد: أردت أنك حرٌّ بما أديت، وبأن أنه لم يصح الأداء، فالقول قول السيد بيمينه^(١).

وهذا السياق يقتضي أن مُطلق قول السيد، محمولٌ على أنه حرٌّ بما أدى، وإن لم يذكر إرادته.

قال الصيّدلاني: وقياسٌ تصديق السيد أنه لو قيل لرجل: طَلَقْتَ امرأتك؟ فقال: نعم، طَلَقْتُها، ثم قال: إنما قلت ذلك على ظنٍّ أن اللَّفْظَ الذي جرى طلاقٌ، وقد سألت المفتين، فقالوا: لا يَقَعُ به شيء. وقالت المرأة: بل أردت إنشاء الطلاق، أو الإقرار به، أنه يقبل قوله بيمينه. وكذا الحكم في مثله في العتق، وهكذا قد ذكره غيره، ونقله الرُّوْيَانِيُّ، ولم يعترض عليه، لكن قال الإمام^(٢): هذا عندي غَلَطٌ؛ لأن الإقرار جرى بصريح الطلاق، فقبول قوله في دفعه مُحال، ولو فتح هذا الباب، لما استقرَّ إقرار، بخلاف إطلاق لفظ الحرية عقيب قبض النجوم، فإنه محمولٌ على الإخبار عمّا يقتضيه القبض، ولم توجد [١٣٤٨ / ب] الإشارة في الطلاق إلى واقعة، وإنما وجد سؤال مُطلق، وجواب مُطلق.

وفي كلام الإمام إشعارٌ بأنَّ قوله: «أنت حرٌّ»، إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا ربَّه على القبض، وأنَّ في مسألة الطلاق لو وجد قرينة عند

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٣٠).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٠١).

الإقرار؛ بأن كانا يتخاصمان في لفظةٍ أطلقها، فقال ذلك، ثم ذكر التأويل، يُقبل، وأن في الصورتين لو انفصل قوله عن القرائن، لم يقبل التأويل. وهذا تفصيلٌ قويمٌ لا بأسٌ بالأخذ به، لكن قال في «الوسيط»: لا فرق بين أن يكون قوله: «أنت حرٌّ»، جواباً عن سؤالٍ حرَّيته، أو ^(١) ابتداءً، وبين أن يكون مُتصلاً بقبض النجوم، أو غير متصل؛ لشُمول العذر. ومالٌ لذلك إلى قبول التأويل في الطلاق وغيره.

الحكم الثاني: في الأداء، وفيما يتعلق به مسائل:

إحداها: يجبُ على السيد إيتاء المكاتب؛ لقول الله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمُ﴾ [النور: ٣٣] واختار الرُّوياني في «الحليَّة» ^(٢) أن الإيتاء مستحبٌ، وليس بشيء.

والإيتاء: أن يحطَّ عن المكاتب شيئاً من النجوم، أو يبذل شيئاً، ويأخذ النجوم، والْحَطُّ أفضلٌ، وهل هو الأصل، والبذل بدلٌ عنه، أم بالعكس؟ وجهان. الأصحُّ المنصوصُ: الأول.

ومحلُّ الإيتاء الكتابةُ الصحيحة، ولا يجبُ في الفاسدة على الأصحِّ، فإن أوجبنا، كفى حطَّ شيء من القيمة التي يجبُ فيها.

ومن أعتق عبده بعوض، أو باعَه نفسه ^(٣)، فلا إيتاء على الصحيح.

وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً: أنه يجبُ في كُلِّ عقدٍ عتاقٌ على عَوْضٍ، ولا يجبُ في الإعتاقِ بغيرِ عَوْضٍ بلا خلاف.

وفي وقتٍ وجوبِ الإيتاء وجهان.

أحدهما: بعد العتق، كالمُتعة؛ ليتبلَّغ به.

وأصحُّهما: قبله؛ ليستعين به في الأداء.

(١) في المطبوع: «أم».

(٢) هو: حليَّة المؤمن. قال ابن الصلاح: «أمعن فيه في الاختيار، حتَّى اختار كثيراً من مذاهب العلماء غير الشافعي، ضد ما فعله في «البحر»، وزاد ابن قاضي شُهبة قائلاً: مجلَّد متوسط فيه اختبارات كثيرة، وكثير منها يوافق مذهب مالك. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ٢ / ٦٠٣ - ٦٠٤)، (والخزائن السنية: ٤٦).

(٣) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠١)، و(نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٤): «باعه من نفسه».

وعلى هذا: فإنما يتعيّن في النجم الأخير.

وأما وقت الجواز، فمن أول عقد الكتابة، ويجوز أيضاً بعد الأداء وحصول العتق، لكن يكون قضاءً إذا أوجبنا التقديم على العتق.

وقيل: لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير، أو بعده، وفي قدره وجهان.

الأصح المنصوص في « الأم »: لا يتقدّر؛ بل يكفي أقل ما يتموّل.

والثاني: أنه ما يليق بالحال، ويستعين به على العتق، فيختلف بقلّة المال، وكثرتّه، فإن لم يتفقا على شيء، قدره الحاكم بالاجتهاد، ونظر فيه إلى قوة العبد وأكسابه.

وقيل: يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار.

وقال الإصطخري: يحتمل أن يقدّر برّيع العُشر، قال الإمام^(١): وإذا^(٢) قلنا: يُقدّره الحاكم، فقدّر شيئاً، تبين أن له وقعاً بالنسبة إلى مال الكتابة، كفى، وإن تيقنا أنه لا وقع له، لا يكفي، وإن شككنا، فخلافاً؛ لتعارض أصل براءة السيد وأصل بقاء وجوب الإيتاء.

أما المستحب، فقدّر الرّبع، وقيل: الثلث، وإلا، فالسّبع.

وأما جنسه، فالإيتاء بالخط لا يكون إلا من نفس مال الكتابة.

وأما البذل^(٣)، فإن كان المبدول من غير جنس مال الكتابة، كبذل الدراهم عن الدينار، لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، وشذّ الغزالي بترجيح لزوم. فلو رضي به، جاز قطعاً [١٣٤٩ / ١]، نصّ عليه؛ لأن الكتابة من قبيل المعاوضات، فلا يسلك بها مسلك العبادات، على أن الإمام^(٤) قال: إذا منعنا نقل الزكاة، وانحصر المستحقون، فقد نقول: لهم أن يعتاضوا عرّوضاً عن حقوقهم، فلو كان المبدول من غير مال الكتابة، لكن من جنسه، فهل يلزمه القبول؟ وجهان.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٦).

(٢) في المطبوع: « إذا ».

(٣) في المطبوع: « البذل » تصحيف.

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٧).

أحدهما: لا؛ لظاهر الآية.

والصحيح: نعم، كالزكاة، ولأن المقصود الإعانة.

فَرَعٌ: لو مات السيد بعد أخذ النجوم، وقبل الإيتاء، لزم الورثة الإيتاء؛ فإن كانوا صغاراً، تولاه وليهم، فإن كان مال الكتابة باقياً، أخذ الواجب منه، ولا يزا حقه أصحاب الديون؛ لأن حقه في عينه، أو هو كالمرهون به، هكذا قاله القفال، ونقله ابن كج عن نصه في «المبسوط».

وإن لم يكن باقياً فثلاثة أوجه.

أحدها: أن واجب^(١) الإيتاء؛ لضعفه، يؤخر عن الديون، ويُجعل^(٢) في رتبة الوصية.

والثاني: أننا إذا قلنا: يُقدَّر^(٣) الواجب في الاجتهاد، فأقل ما يتموّل في رتبة الديون، والزيادة في رتبة الوصية؛ لضعفها.

والثالث، وهو الصحيح: أن ما يحكم بوجوبه على الاختلاف، يقدم على الوصايا، فإن أوصى بزيادة على الواجب، فتلك الزيادة من الوصايا.

فرع^(٤): إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء، لم يسقط ولم يحصل التقاص؛ لأن للسيد أن يؤتیه من غيره، وليس للسيد تعجيزه؛ لأنه له عليه مثله، لكن يرفعه^(٥) المكاتب إلى الحاكم^(٦) حتى يرى رأيه^(٧)، ويفصل الأمر بينهما.

(١) في (ظ): «واجبة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٤).

(٢) في المطبوع: «ويحصل»، تحريف.

(٣) في المطبوع: «بقدر».

(٤) كلمة: «فرع» ساقطة من المطبوع.

(٥) في (ظ)، والمطبوع: «يرفع»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٥).

(٦) في المطبوع: «القاضي»، وفي (س): «المكاتب»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٥).

(٧) في (ظ)، والمطبوع: «برأيه»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٥).

وإن جعلنا الإيتاء^(١) أصلاً، فقال القاضي حُسين: له تعجيزُهُ بالباقي إذا لم يجده^(٢)، وإذا عَجَزَهُ، سَقَطَ الإيتاءُ، وارتفع العقدُ من أصلِهِ.

قال الإمام^(٣): هذا عندي غيرُ صحيح، وإنما شَرَعَ الإيتاءُ؛ لئلاَّ يَعْجَزَ العبدُ بِقَدْرِهِ، ولا يفوت العتقُ.

المسألة الثانية: إذا عَجَلَ المكاتبُ النجومَ قبلَ المَحَلِّ، فإن لم يكن على السيدِ ضَرَرٌ في القَبولِ، أُجِبَ عليه، وإن كان؛ بأن كان لا يبقَى بحالِهِ إلى وقتِ الحُلُولِ، كالطعامِ الرَطْبِ، أو لزمَهُ لَهُ مَوْنَةٌ، كالحيوانِ، وما يحتاجُ إلى حفظٍ، أو كان في أيامِ فتنَةٍ، أو غارةٍ، فلا يُجِبُ على القَبولِ.

فلو أنشأ العقدُ في وقتِ الفتنَةِ والغارةِ، لم يجِبْ على الأصحِّ؛ لأنها قد تزولُ عندَ المَحَلِّ.

ولو أتى بالنجومِ في غيرِ بلدِ العقدِ، فإن كان في النقلِ مَوْنَةٌ، أو كان الطريقُ أو ذلك البلدُ مَخُوفاً، لم يُجِبْ على القَبولِ، وإِلَّا، فيجِبُ.

ولو أتى بالنجمِ في مَحَلِّهِ، والسيدُ غائبٌ، قبضَ القاضي عنه، وكذا يقبضُ عنه إذا امتنع وهو حاضر، وَيَعْتَقُ المكاتبُ. ولو أتى بالنجمِ قَبْلَ المَحَلِّ^(٤)، والسيدُ غائبٌ، قَبَضَ عنه أيضاً، إذا علمَ أَنَّ السيدَ لا ضَرَرَ عليه في أَخْذِهِ.

قال الصيدلاني: ومثله لو كان لغائبٍ^(٥) دَيْنٌ على حُرٍّ^(٦)، فأتى به^(٧) الحاكمُ، هل يَقْضِيهِ للغائبِ؟ وجهان.

أصْحُهُما: المنعُ؛ لأنه ليس للمؤدِّي غَرَضٌ إِلَّا سَقُوطَ الدَّيْنِ عنه، والنظرُ

(١) في (أ، ظ، س): «البَدَل»، المثبت من المطبوع، وهو موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٥)، و(نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٧).

(٢) في المطبوع: «نجدته»، تصحيف.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٨٧).

(٤) في المطبوع: «الحوال»، تحريف. (المَحَلِّ) بالكسر: الأَجَلُ (المصباح: ح ل ل).

(٥) في المطبوع: «للغائب».

(٦) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٦): «لآخر» بدل «على حُرٍّ».

(٧) في المطبوع: «فأذن له»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٠٦).

لِلْغَائِبِ أَنْ يَبْقَى الْمَالُ فِي ذِمَّةِ الْمَلِيءِ ؛ فَإِنَّهُ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَصِيرَ أَمَانَةٌ عِنْدَ الْحَاكِمِ .

فَرَعٌ : إِذَا أَتَى الْمَكَاتِبَ بِالنُّجُومِ ، فَقَالَ السَّيِّدُ : هَذَا حَرَامٌ ، أَوْ مَغْصُوبٌ ، نَظَرُ :
إِنْ أَقَامَ [١٣٤٩ / ب] بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَى قَبُولِهِ ، وَتُسْمَعُ مِنْهُ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّ فِي
إِقَامَتِهَا غَرَضًا ظَاهِرًا ، وَهُوَ الْامْتِنَاعُ عَنِ الْحَرَامِ ، هَكَذَا أَطْلَقَهُ كَثِيرُونَ .

وَقَالَ الصَّيْدَلَانِيُّ : إِنَّمَا تَقْبَلُ الْبَيِّنَةُ إِذَا عَيَّنَ لَهُ مَالَكَ ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَعْيِّنْ ، فَلَا تَتَصَوَّرُ
الْبَيِّنَةُ لِلْمَجْهُولِ ، وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِمْ : إِنَّهُ مَغْصُوبٌ . وَالصَّحِيحُ : الْأَوَّلُ .

وَأِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةً ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَكَاتِبِ بِيَمِينِهِ أَنَّهُ لَهُ ؛ لظَاهِرِ الْيَدِ ، فَإِنْ نَكَلَ ،
حَلَفَ السَّيِّدُ ، وَكَانَ كإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ .

وَفِي ^(١) وَجْهٍ : لَا يَحْتَاجُ السَّيِّدُ إِلَى بَيِّنَةٍ ، وَالصَّحِيحُ : الْأَوَّلُ .

وَلَا تَثْبُتُ بَيِّنَةُ السَّيِّدِ ^(٢) حَقَّ الْمَالِكِ الَّذِي عَيَّنَهُ ، وَلَا يَسْقُطُ بِحَلْفِ الْمَكَاتِبِ
حَقُّهُ .

ثُمَّ إِذَا حَلَفَ الْمَكَاتِبُ ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى قَبُولِهِ ، أَوْ إِبْرَائِهِ عَنْ ذَلِكَ
الْقَدْرِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُمَا ، أَخَذَ الْحَاكِمُ تِلْكَ النُّجُومَ ، وَعَتَقَ الْمَكَاتِبَ .

وَقِيلَ : فِي إِجْبَارِهِ عَلَى الْأَخْذِ قَوْلَانِ .

ثُمَّ إِذَا أَخَذَهُ السَّيِّدُ ، نَظَرُ :

إِنْ عَيَّنَ لَهُ مَالَكَ ، أَمَرَ بِتَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ بِلَا خِلَافٍ ؛ مُوَاخِذَةً [لَهُ] بِاعْتِرَافِهِ ، وَإِنْ لَمْ
يَقْبَلْ قَوْلَهُ عَلَى الْمَكَاتِبِ . وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ مَالَكَ ^(٣) ؛ بَلْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ : هُوَ
مَغْصُوبٌ ، أَوْ مَسْرُوقٌ ، أَوْ حَرَامٌ ، فَوَجْهَانِ .

أَحَدُهُمَا : يَنْتَزِعُهُ الْحَاكِمُ وَيَحْفَظُهُ بَيْتَ الْمَالِ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ مَالُكَهُ .

وَأُصْحَحَ : لَا يَنْتَزِعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقَرَّ لِمَعَيَّنٍ .

وَنَقَلَ الرُّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُ عَلَى هَذَا ، أَنَّ يُقَالُ : أَمْسِكْهُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ صَاحِبُهُ ، وَيَمْنَعُ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ : « فِي » .

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ زِيَادَةٌ : « فِي » .

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ : « مَالِك » .

من التصرف فيه ۞ فَإِنْ كَذَّبَ نَفْسَهُ ، فقال : هو للمكاتبِ ، كان كما ادَّعاه .

قال الإمام^(١) : فالصحيحُ أنه يُقبلُ ، وينفذُ تصرفه فيه بحسبه .

قال : وإن قلنا : يُزيلُ الحاكمُ يده ، فالظاهر أنه لو كَذَّبَ نفسه ، لا يُقبلُ .

فَرَعٌ : إذا جاء المكاتبُ بالنجم عند المَحِلِّ ، وشرطَ على السيد^(٢) أَنْ يُبرِّئَهُ ، فالشرطُ لغوٌ ، وللسيدِ أَخْذُهُ ، ولا^(٣) يلزمُهُ أَنْ يُبرِّئَهُ عن الباقي .

وإن عَجَّلَ قَبْلَ المَحِلِّ على أَنْ يُبرِّئَهُ عن الباقي ، فأخذه وأبرأه ، لم يصحَّ القبضُ ، ولا الإبراءُ .

ولو قال : أبرأتكَ عن كذا ، بشرطِ أَنْ تعَجَّلَ لي الباقي ، وإذا عَجَلْتَ^(٤) كذا ، فقد أبرأتكَ عن الباقي ، فعَجَّلَ ، لم يَصِحَّ القبضُ ، ولا الإبراءُ ، وإذا لم يَصِحَّ ، لا يَحْصُلُ العتقُ ، وعلى السيدِ رَدُّ المَأْخُوذِ . هذا هو المذهب ، وأشار المزيئيُّ إلى ترديد قولٍ في صحة القبضِ والإبراءِ ، ولم يسلم له جمهورُ الأصحاب اختلافَ القول ، وحملوا التجويزَ على ما إذا لم يَجْرِ شَرْطٌ ، فابتدأ بذلك^(٥) .

ولو أنشأ رِضاً جديداً بقبضِهِ عَمَّا عليه ، حُكِمَ بصَحَّتِهِ ، كما لو أذنَ للمشتري في قبضِ ما في يده عن جهةِ الشراءِ ، أو للمرتهنِ في قبضه عن جهةِ الرهنِ .

ولو أخذَ السيدُ ما عَجَّلَهُ المكاتبُ ، وأبرأه عن الباقي بلا شرطٍ ، أو عَجَزَ المكاتبُ نفسه ، فأخذَ السيدُ ما معه ، وأبرأه عن الباقي ، أو أَعْتَقَهُ ، جازَ .

ولو أرادَ السيدُ والمكاتبُ حيلةً يَعْتَقُ بها بما عَجَّلَ ، ويكونُ بجهةِ الكتابةِ ، فقال الأصحابُ : طريقُهُ أَنْ يقولَ : إذا عَجَزْتَ نَفْسَكَ ، وأدَّيتَ كذا ، فأنتَ حرٌّ ، فإذا وَجِدْتَ الصَّفَتَيْنِ^(٦) عَتَقَ عن جهةِ الكتابةِ ؛ لأنها لا ترتفع بمجرّد تعجيزهِ^(٧) نفسه ،

(١) انظر : (نهاية المطلب : ١٩ / ٣٨٠) .

(٢) في المطبوع : « وعلى شرط السيد » بدل : « وشرط على السيد » .

(٣) في المطبوع : « فلا » .

(٤) في (ظ) ، والمطبوع زيادة : « علي » ، لم ترد في (فتح العزيز : ١٣ / ٥٠٨) .

(٥) في (أ) : « به » بدل : « بذلك » .

(٦) في المطبوع : « الصفات » .

(٧) في المطبوع : « تعجيز » .

وإنما ترتفع إذا فسحها بعد التعجيز، وإذا عتق عن الكتابة، كانت الأكساب له، فتراجعان، فيرجع المكاتب على السيد بما أخذه، والسيد عليه بقيمته؛ لأنه أعتقه على عَوْضين: التعجيز، والمال المذكور، والتعجيز [١٣٥٠ / ١] لا يصلح عوضاً، فكأنه أعتقه بعوضٍ فاسدٍ.

قال صاحب «الشامل»^(١): ولو لم يعلق هكذا، ولكن قال: إن أعطيتني كذا، فأنت حرٌّ، فأعطاه، عتق، ولكنه عوضٌ فاسدٌ؛ لأن المكاتب لا تصح المعاوضة عليه، فيعتق بالصفة، وعليه تمام قيمته.

ولو عجل المكاتب النجم، على أن يعتقه، ويبرئه عن الباقي، ففعل السيد ذلك، عتق المكاتب، ورجع عليه بقيمته، ويرجع المكاتب على السيد بما دفع؛ لأنه أعتقه بعوضٍ فاسدٍ، حكاه القاضي^(٢) عن النص.

المسألة الثالثة: في تعدد تحصيل النجوم عند حلولها، وله أسباب:

الأول: الإفلاس، فإذا حل نجم على المكاتب، وهو عاجز عن أدائه، أو عن بعضه، فللسيد فسخ الكتابة، وله أن يفسخ بنفسه؛ لأنه فسخ مجمع عليه، كفسخ النكاح بالعتق، وإن شاء رفع إلى الحاكم ليفسخ. وفي «تعليق الشيخ أبي حامد»: أنه^(٣) إذا ثبت عجزه بإقراره، أو بالبيّنة، فللسيد فسخ الكتابة.

وينبغي أن لا يشترط إقراره بالعجز، ولا قيام البيّنة عليه؛ لأننا سنذكر إن شاء الله تعالى: أنه لو امتنع من الأداء ثبت حق الفسخ. وإذا لم يؤدّ، فهو ممتنع؛ إذا لم يكن عاجزاً. وإذا رفع إلى القاضي، فلا بُدّ من ثبوت الكتابة، وحلول النجم عنده.

ومتى فسخت، سلم للسيد ما أخذه؛ لأنه كسب عبده، لكن ما أخذه من الزكاة يسترده مؤديه^(٤). وهذا قد سبق في «الزكاة»، وليس هذا الفسخ على الفور؛ بل له تأخيرُه ما شاء، كفسخ الإعسار.

(١) صاحبُ الشامل: هو ابن الصبّاغ، عبد السيّد بن محمد. سلفت ترجمته.

(٢) القاضي: هو القاضي حسين بن محمد المروزي. قال المصنف رحمه الله في (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٠٤): «ويأتي كثيراً معرّفاً بالقاضي حسين، وكثيراً مطلقاً: القاضي، فقط».

(٣) في المطبوع: «لأنه».

(٤) في (ظ): «يسترده ويؤديه»، وفي المطبوع: «يسترده ويؤديه»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥١٠).

وإذا استنظره المكاتب، استحَبَّ أَنْ ينظره. ثم لا يلزمه الإمهال؛ بل له الرجوع إلى الفسخ متى بدا له.

وإذا طالبه بالمال، فلا بُدَّ من الإمهال بقدر ما يُخرجُه من الصندوق، والدُّكَّانِ والمخزن، ويَزِنُ؛ فَإِنْ كان ماله غائباً، فقد أطلق الإمام^(١)، والغزالي أن للسيد الفسخ، وليحمل على تفصيل ذكره ابن الصَّبَّاح، والبغوي^(٢)، وغيرهما، وهو: أنه إِنْ كان على مسافة القصر، لم يلزمه التأخير إلى [حضوره، فله الفسخ، وإلا، فلا.

وإن كان له دين؛ فَإِنْ كان حالاً على مليء وجب التأخير إلى^(٣) استيفائه، كما لو كانت له وديعة.

وإن كان مؤجلاً، أو على مُعِيرٍ، فلا. وإن كان الدَّيْنُ على السيد، وهو من جنس النجوم، ففيه الخلاف في التقاص.

وإن كان من غير جنسه، أذاه ليصرفه المكاتب في النجوم.

ولو حلَّ النجم وهو نقد، وللمكاتب عروض؛ فَإِنْ أمكن بيعها على الفور، بيعت، ولا فسخ، وإن احتاج البيع إلى مدة؛ لِكَسَادِ وغيره، فمُقْتَضَى كلام الصَّيدلاني أَنْ لا فسخ. ورأى الإمام^(٤) الفسخ، كغيبه المال، وهذا أصحُّ، وضبط البغوي^(٥) التأخير للبيع بثلاثة أيام. وقال: لا يلزم أكثر منها.

السبب الثاني: غيبه المكاتب، فإذا حلَّ النجم، والمكاتب غائب، أو غاب بعد حلِّه بغير إذن السيد، فللسيد الفسخ؛ إِنْ شاء بنفسه، وإِنْ شاء بالحاكم.

وقيل: لا يفسخ بنفسه، والصحيح: الأول، فلا يلزمه تأخير الفسخ؛ لكون الطريق مخوفاً، أو المكاتب مريضاً.

وإذا فسخ بنفسه، فليشهد عليه؛ لئلا يكذِّبَه المكاتب، وإِنْ رَفَعَ إلى الحاكم،

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٦٤).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٨٢).

(٣) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع. المثبت من (أ).

(٤) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٦٦).

(٥) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٨٢).

فلا بُدَّ أَنْ يَثْبِتَ عنده حلول النجم وتعدّر التحصيل، ويحلفه الحاكم مع ذلك؛ لأنه قضاءٌ على الغائب.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ: يحلفه أنه ما قبضَ النجومَ منه، ولا مِنْ وَكَيْلِهِ [١٣٥٠ / ب]، ولا أبرأه، ولا أحوالَ به، ولا يعلمُ له مالاً حاضراً^(١). وَذَكَرُ الْحَوَالَةَ مَبْنِيَّةً عَلَى جَوَازِ الْحَوَالَةِ بِالنُّجُومِ. ولو كان مال المكاتبِ الغائبِ^(٢) حاضراً، لم يؤدِّ الحاكمُ النجومَ منه، ويمكنُ السيدُ مِنَ الْفَسْخِ؛ لأنه رَبَّمَا عَجَزَ نَفْسَهُ لو كان حاضراً، ولم يؤدِّ المَالَ.

ولو أنظرَ^(٣) المكاتبَ بعد حُلُولِ النجم، وأذَنَ له في السَّفَرِ، ثم بدا له في الإنظار، لم يَكُنْ له الْفَسْخُ في الحال؛ لأنَّ المكاتبَ غَيْرُ مَقْصَرٍ هُنَا، وَلَكِنْ يَرْفَعُ السَّيِّدُ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ، وَيَقِيمُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْحُلُولِ وَالْغَيْبَةِ، وَيَحْلِفُ مَعَ ذَلِكَ، وَيَذْكُرُ أَنَّهُ رَجَعَ عَنِ الْإِنْظَارِ، فَيَكْتَبُ الْحَاكِمُ إِلَى حَاكِمِ بَلَدِ الْمَكَاتِبِ؛ لِيَعْرِفَهُ الْحَالُ، فَإِنْ أَظْهَرَ الْعَجْزَ، كَتَبَ بِهِ إِلَى حَاكِمِ بَلَدِ السَّيِّدِ؛ لِيَفْسَخَ، إِنْ شَاءَ.

وإن قال: أُوَدِّي الواجب؛ فَإِنْ كَانَ لِلْسَّيِّدِ هُنَاكَ وَكَيْلٌ، سَلَّمَ إِلَيْهِ، فَإِنْ أَبَى، ثَبَّتَ حَقَّ الْفَسْخِ لِلْسَّيِّدِ، وَلِلْوَكِيلِ أَيْضاً إِنْ كَانَ وَكَيْلاً فِيهِ.

وحكى ابْنُ كَيْجٍ قولاً آخَرَ: أَنَّهُ لَا فَسْخَ بِالْامْتِنَاعِ مِنْ^(٤) التَّسْلِيمِ إِلَى الْوَكِيلِ؛ لِاحْتِمَالِ الْعَزْلِ.

وإن لم يكن هناك وكيلٌ، أمره الحاكمُ بِإِيصَالِهِ إِلَيْهِ، إِمَّا بِنَفْسِهِ، وَإِمَّا بِغَيْرِهِ، وَيُلْزِمُهُ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ رُفْقَةٍ تَخْرُجُ، أَوْ فِي الْحَالِ، إِنْ كَانَ لَا يَحْتَاجُ إِلَى رُفْقَةٍ فِي ذَلِكَ الطَّرِيقِ، وَعَلَى السَّيِّدِ الصَّبْرَ إِلَى أَنْ تَمْضِيَ مَدَّةُ إِمْكَانِ الْوَصُولِ، فَإِنْ مَضَتْ، وَلَمْ يَوْصِلْهُ مَقْصِراً، فَلِلْسَّيِّدِ الْفَسْخُ.

قال ابْنُ كَيْجٍ: وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي بَلَدِ السَّيِّدِ حَاكِمٌ، فَكَتَبَ السَّيِّدُ إِلَى الْعَبْدِ، وَأَعْلَمَهُ بِالْحَالِ، وَأَمَرَهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى رَجُلٍ، فَامْتَنَعَ، فَعَنْدِي أَنَّهُ كَمَا لَوْ امْتَنَعَ بَعْدَ كِتَابِ الْقَاضِي إِذَا وَقَعَ لَهُ الْعِلْمُ بِهِ.

(١) في المطبوع: « مالٌ حاضرٌ ».

(٢) كلمة: « الغائب » ساقطة من المطبوع.

(٣) في (ظ)، والمطبوع: « نظر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥١٢).

(٤) في (أ)، والمطبوع: « عَنْ ».

وحكى ابنُ القَطَّانِ فيه وجهين .

قال : وحكى وجهين فيما لو سلّم المكاتب إلى وكيل السيد، وبأن أن السيد عَزَلَهُ، هل يبرأ المكاتب ؟

قال : وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم : فلان وكيله، ولم يأذن بالتسليم إليه، فإن أمره بالتسليم إليه، برئ بلا خلاف .

السبب الثالث: الامتناع، فإذا امتنع المكاتب من أداء النجوم مع القدرة، لم يُجبر^(١) عليه؛ لأنَّ الحَظَّ^(٢) له، فلا يجبر عليه، ولأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب، ولأنها تتضمن التعليق بالصفة، والعبد لا يُجبر على الصفة، فإذا عَجَزَ نفسه، فالسيد بالخيار، إن شاء، فسَخَ، وإن شاء، صَبَرَ .

وإن أراد الفسخ، فسَخَ بنفسه، ولا يحتاج إلى القاضي . وهل للمكاتب الفسخ ؟ وجهان .

أحدهما: لا؛ إذ لا ضررَ عليه في بقائها .

وأصحُّهما: نعم، كالمرتن يفسخ الرهن .

قال الإمام^(٣) : وتجوز الامتناع من الأداء مع أنه لا يملك الفسخ بعيداً .

الرابع: قد سبق أن الكتابة لا تنسخ بجنون العبد؛ فإن أراد السيد الفسخ، اشترط أن يأتي الحاكم، فيثبت عنده الكتابة، وحلول النجم، ويطالب به، ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق، ثم يبحث؛ فإن وجد للمكاتب مالاً، أدّاه عن الواجب عليه، ليَعْتَقَ؛ لأن المجنون ليس من أهل النَّظَرِ^(٤) لنفسه، فناب عنه الحاكم، بخلاف الغائب الذي له مالٌ حاضر .

ثم إن الجمهور أطلقوا أن الحاكم يؤدي عنه .

وقال الغزالي: يؤدي إن رأى له مصلحة في الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا

(١) في (ظ)، والمطبوع: « لم يجب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥١٣) .

(٢) في المطبوع: « الحط » .

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٦٤) .

(٤) في المطبوع: « الضرر »، خطأ .

عَتَقَ، لَمْ يُؤَدِّ، وَهَذَا حَسَنٌ، وَلَكِنَّهُ قَلِيلُ النِّفْعِ، مَعَ قَوْلِنَا: إِنَّ لِلسَّيِّدِ إِذَا وَجَدَ مَالًا
الاستِقْلَالَ بِأَخْذِهِ، إِلَّا أَنْ يَقَالَ: يَمْنَعُهُ الْحَاكِمُ مِنَ الْأَخْذِ [١٣٥١ / أ] والحَالَةُ هَذِهِ.

وَأِنْ لَمْ يَجِدِ الْحَاكِمُ لَهُ مَالًا، مَكَنَ السَّيِّدُ مِنَ الْفَسْخِ؛ فَإِذَا فَسَخَ، عَادَ الْمَكَاتِبُ
قِتْنًا لَهُ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ.

فَإِنْ أَفَاقَ، وَظَهَرَ لَهُ مَالٌ كَانَ حَصْلُهُ قَبْلَ الْفَسْخِ، دَفَعَهُ إِلَى السَّيِّدِ، وَحَكَمَ
بِعَتَقِهِ، وَنَقَضَ^(١) التَّعْجِيزَ. هَكَذَا أَطْلَقُوهُ.

وَأَحْسَنَ الْإِمَامُ^(٢)، فَقَالَ: إِنَّ ظَهَرَ الْمَالُ فِي يَدِ السَّيِّدِ، رَدَّ التَّعْجِيزَ، وَإِلَّا، فَهُوَ
مَاضٍ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ حِينَ تَعَذَّرَ الْوَصُولُ إِلَى حَقِّهِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا، فَحَضَرَ
بَعْدَ الْفَسْخِ.

وَإِذَا حَكَمْنَا بِبِطْلَانِ التَّعْجِيزِ، وَكَانَ السَّيِّدُ جَاهِلًا بِحَالِ الْمَالِ، فَعَلَى الْمَكَاتِبِ
رَدُّ مَا أَنْفَقَ السَّيِّدُ [عَلَيْهِ]. وَأِنْ وَجَدَ السَّيِّدُ لِلْمَكَاتِبِ فِي جُنُونِهِ مَالًا، فَقَدْ سَبَقَ أَنْ
[لَهُ] ^(٣)الاستِقْلَالَ بِأَخْذِهِ، وَحَكَمْنَا عَنِ الْإِمَامِ فِيهِ تَفْصِيلًا.

الخَامِسُ: إِذَا مَاتَ الْمَكَاتِبُ قَبْلَ تِمَامِ الْأَدَاءِ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، وَمَاتَ رَقِيقًا،
فَلَا يَوْرَثُ، وَتَكُونُ أَكْسَابُهُ لِسَيِّدِهِ، وَتَجْهِيزُهُ عَلَيْهِ، سِوَاءَ خَلْفٍ وَفَاءٍ بِالنَّجْمِ، أَمْ لَا،
وَسِوَاءَ كَانَ الْبَاقِي قَلِيلًا، أَمْ كَثِيرًا، وَسِوَاءَ كَانَ حَظُّ عَنْهُ شَيْئًا، أَمْ لَا؛ لِأَنَّ الْإِيتَاءَ غَيْرُ
مَعْلُومٍ، فَلَا يَسْقُطُ بِهِ مَعْلُومٌ^(٤).

وَنَصَّ^(٥) فِي «الْأُمِّ» عَلَى أَنَّهُ لَوْ أَحْضَرَ الْمَكَاتِبُ الْمَالَ؛ لِيَدْفَعَهُ إِلَى السَّيِّدِ، أَوْ
دَفَعَ الْمَالَ إِلَى رَسُولِهِ لِيُوصِلَهُ إِلَيْهِ، فَمَاتَ قَبْلَ قَبْضِهِ، مَاتَ رَقِيقًا أَيْضًا.

وَأَنَّهُ لَوْ وَكَّلَ الْمَكَاتِبُ رَجُلًا فِي دَفْعِ النَّجْمِ الْأَخِيرِ إِلَى السَّيِّدِ، وَمَاتَ الْمَكَاتِبُ،
فَقَالَ أَوْلَادُهُ الْأَحْرَارُ: دَفَعَ الْوَكِيلُ قَبْلَ مَوْتِهِ، فَمَاتَ حُرًّا، وَكَذَّبَهُ السَّيِّدُ، فَهُوَ
الْمَصْدَقُ، فَإِنْ أَقَامُوا بَيِّنَةً عَلَى الدَّفْعِ يَوْمَ الْخَمِيسِ، وَكَانَ قَدْ مَاتَ يَوْمَ الْخَمِيسِ، لَمْ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «وَبَعْضُ»، تَحْرِيفٌ.

(٢) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٩ / ٤٦٦).

(٣) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ سَاقِطٌ مِنْ (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ.

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «مَعْلُومًا».

(٥) فِي الْمَطْبُوعِ: «نَصَّ» بِدُونِ «الْوَاوِ».

ينفعهم إلا أن يقول الشهود: دفع قبل موته، أو يقولوا: دفع قبل طلوع الشمس، ويكون السيد معترفاً بأنه^(١) مات بعد الطلوع.

وأنه لو شهد وكيل المكاتب بقبض السيد قبل موت المكاتب، لم تُقبل شهادته، ولو شهد به وكيل السيد، قُبِلَتْ؛ لعدم التهمة.

فُرُوعٌ تتعلق بالفسخ والانفساخ: فيحصل الفسخ بقول السيد: فسخت الكتابة، ونقضتها، ورفعتها، وأبطلتها، وعجزت المكاتب.

ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة، ثم أحضر المكاتب المال، لم يكن للسيد الامتناع من قبضه.

ونص في « الأم »: أنه لو قال بعد التعجيز: قررتك على الكتابة، لم يصير مكاتباً حتى يجدد كتابة، وقد سبق في « القراض » ما يقتضي خلافاً فيه.

قلت: ليس هذا كالقراض؛ فإن معظم الاعتماد هنا في العتق على التعليق، وهذا اللفظ لا يصلح له. والله أعلم.

ولو تطوع رجل بأداء مال الكتابة، فهل يجبر السيد على القبول، أم له الفسخ؟ وجهان.

أصحهما: له الفسخ، وبه قطع الإمام.

وإذا قبل، ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بإذنه وجهان.

القياس: الوقوع.

وإذا مات المكاتب رقيقاً، أو فسخ السيد الكتابة؛ لعجزه، رَقَّ كُلُّ مَنْ يَكَاتِبُ عليه من^(٢) والدٍ وولَدٍ، وصاروا جميعاً للسيد، وجميع ما في يده من المال للسيد إن لم يكن عليه دين، فإن كان، فسنذكره إن شاء الله تعالى.

فَرَعٌ: إذا قهر السيد المكاتب، واستعمله مدة، لزمه أجره مثله. ثم إذا جاء المَحِلُّ، هل يلزمه إمهاله مثل تلك المدة، أم له تعجيزه والفسخ؟ قولان.

(١) في (ظ)، والمطبوع: « بأن ».

(٢) كلمة: « من » ساقطة من المطبوع.

أظهرهما: الثاني؛ لأنه أخذ بَدَلَ منافعِهِ.

ولو حبسه غير^(١) السيد، فالمذهب أنه لا إمهال، وأجراه العراقيون على القولين. وقد ذكرنا [١٣٥١ / ب] المسألة فيما لو أَسَرَ الكفارَ مكاتباً مدةً ثم استنقذناه.

المسألة الرابعة: فيما إذا انضمَّ إلى النجوم ديونٌ على المكاتبِ لسيده، أو لغيره، أو له ولغيره. وفيها صورٌ.

الأولى: كان للسيد مع النجوم دينٌ مُعاوضةً، أو أَرْضٌ جِنَايَةٍ، فإن تراضيا بتقديم الدين، فذاك، وإن تراضيا بتقديم النجوم، عتق.

ثم المذهبُ أنَّ الدين الآخر لا يسقط، فللسيد مطالبته به.

ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم دون الدين، فإذا أداها عن النجوم بإذن السيد، فالحكم ما ذكرنا^(٢)، وللسيد منعه من تقديم النجوم، فيأخذ ما معه عن الدين، ثم يعجزه. وهل له تعجيزه قبل أخذه؟ وجهان.

أصحهما: نعم.

ولو دفعَ المكاتب ما في يده إلى السيد، ولم يتعرّضا للجهة، ثم قال المكاتب: قصدتُ النجوم، وأنكرَ السيد، أو قال: أصدّقه، ولكن قصدتُ أنا الدين، لا النجوم، فقال القفال: يصدّق المكاتب.

وقال الصيّدلاني: يصدّق السيد؛ لأن الاختيار هنا إليه، بخلاف سائر الديون.

قلت: قولُ القفالِ أصحُّ. والله أعلم.

الثانية والثالثة: إذا اجتمع عليه نُجومٌ وديونٌ للسيد، أو لغيره، أو له ولغيره، فهو كالحُرِّ في الحَجَرِ عليه بالفلس، وقسم ماله بين أصحاب الديون. وهل تحلُّ بالحَجَرِ الديون المؤجلة؟ طريقان.

أصحهما: قولان، كالمفلس.

(١) في المطبوع: «عن»، خطأ.

(٢) في المطبوع: «ذكرناه».

والثاني: تَحَلُّ قطعاً؛ لأن للرق أثرأ في إبطال الأجل، ولهذا نصّ الشافعي رحمته الله : أنَّ الحربي إذا استرقَّ وعليه دين مؤجل، حلَّ، فإن قلنا: يحلُّ، قسم المال على الجميع، وإلّا، فعلى الحال، ولا يحجرُ عليه بالتماس السيد للنجوم؛ لأنها غير مستقرة، والمكاتب متمكّن من إسقاطها.

إذا ثبتَ هذا، فإن كان ما في يد المكاتب وافياً بالديون، قُضيت، وإلّا، فإن لم يحجرُ عليه، فله تقديم ما شاء من الديون، وله تعجيل الديون قبل المَحَلِّ، ولا يجوزُ تعجيل الديون المؤجلة بغير إذن سيده.

وفي جوازه بإذنه الخلاف في تبرّعاته بإذنه. وفي معناه ما إذا عجلَ الديون للسيد، ومنهم من طردَ الخلاف في تعجيل النجوم، ذكره الرُّوياني.

وإذا قدّم النجوم، عتق، وبقي دينُ الأجانب عليه، ولا يجيء فيه الخلاف في إعتاق الجاني؛ لأنَّ العتق يحصلُ بالصفة السابقة على الجناية، فهو كما لو علّق عتق عبده بصفة، ثم جنى، فإنَّ الجناية لا تمنع وقوع العتق بالتعليق السابق بلا خلاف، والأوّل أن يقدّم دين المعاملة، فإن فضل شيء، جعله في الأرض، فإن فضل شيء، صرفه في النجوم. وسيظهر وجهُ هذا الترتيب إن شاء الله تعالى.

وإن حجرَ عليه، تولّى قسمة ما في يده.

وفي كيفية القسمة وجهان، ويقال: قولان.

أحدهما: يقسمُ على قدر الديون.

وأصحُّهما: يقدّم دين المعاملة؛ لأنه يتعلق بما في يده خاصّة، وللأرض متعلّق آخر، وهو الرقبة، وكذا حقّ السيد بتقدير العجز يعودُ إلى الرقبة، ويسوى بين النقد والعرض، ثم يقدّم أرض الجناية على النجوم؛ لأنَّ الأرض مستقرّة، والنجوم معرّضة للسقوط.

وقال القاضي أبو الطيّب: لا خلاف أن هذا [١٣٥٢/أ] الثاني مذهب الشافعي رحمته الله، وإنما الأول إذا رَضُوا بالتسوية، فإن عَجَزَ المكاتب نفسه، سقطت النجوم. وفي دين المعاملة للسيد وجهان.

أصحُّهما: يسقط أيضاً، ويصرف ما في يده إلى ديون الأجانب؛ من معاملة

وَأَرْضٍ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِالنَّوْعَيْنِ، فَهَلْ تَقَدَّمُ الْمَعَامِلَةُ، أَمْ الْأَرْضُ، أَمْ يَسَوَىٰ بَيْنَهُمَا ؟
أَوْجُهُ.

أَصْحُهَا عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ، وَالْغَزَالِيِّ، وَغَيْرَهُمَا^(١) : الثَّالِثُ.

ثُمَّ مَا تَبَقَّى مِنْ دَيْنِ الْمَعَامِلَةِ، يَتَّبِعُ بِهِ بَعْدَ الْعَتَقِ، وَمَا تَبَقَّى مِنَ الْأَرْضِ يَتَعَلَّقُ
بِالرَّقَبَةِ، يَبَاعُ فِيهِ.

وَلَوْ مَاتَ الْمَكَاتِبُ قَبْلَ قِسْمَةِ مَا فِي يَدِهِ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، وَسَقَطَتِ النُّجُومُ.

قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَابْنُ الصَّبَّاحِ: تَسْقُطُ الْأُرُوشُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالرَّقَبَةِ، وَقَدْ
فَاتَتْ، وَبِمَا فِي يَدِهِ بِحُكْمِ الْكِتَابَةِ، وَقَدْ بَطَلَتْ، فَعَلَىٰ هَذَا: يَتَعَيَّنُ صَرْفُ مَا خَلَفَهُ
إِلَى الْمَعَامِلَةِ.

وَقَالَ الصَّيْدِلَانِيُّ، وَالْإِمَامُ، وَالْبَغَوِيُّ: تَبَقَّى الْأُرُوشُ وَتَعَلَّقَهَا بِالْمَالِ، فَعَلَىٰ
هَذَا: إِنْ سَوَّيْنَا فِي صُورَةِ التَّعْجِيزِ، فَهِيَ أَوْلَىٰ، وَإِنْ قَدَّمْنَا الْأَرْضَ، فَكَذَا هُنَا، وَإِنْ
قَدَّمْنَا الْمَعَامِلَةَ، فَهَلْ تَقَدَّمُ هُنَا أَيْضًا، أَمْ يَسَوَىٰ ؟ وَجِهَانِ.

أَصْحُهُمَا: التَّسْوِيَةُ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَعَلِّقَانِ بِمَا خَلَفَهُ.

فَرْعٌ: إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ مَالٌ، أَوْ قِسْمُ الْمَوْجُودِ؛ إِمَّا عَلَى الدِّيُونِ
جَمِيعًا بِالسَّوِيَّةِ، وَإِمَّا عَلَى التَّقْدِيمِ وَالتَّرْتِيبِ، وَبَقِيَتِ النُّجُومُ أَوْ بَعْضُهَا، فَلِلسَّيِّدِ
تَعْجِيزُهُ، وَرُدُّهُ رَقِيقًا.

وَإِنْ بَقِيَتِ الْأُرُوشُ، أَوْ بَعْضُهَا، فَلَمْ يُسْتَحَقَّ^(٢) الْأَرْضُ الْبَاقِي تَعْجِيزُهُ^(٣)؛
[لِتُبَاعَ] رَقَبَتُهُ فِي حَقِّهِ، وَلَا يَعْجِزُهُ بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْقِدْهُ، وَلَكِنْ^(٤) يَرْفَعُ الْأَمْرَ إِلَى
الْحَاكِمِ لِيَعْجِزَهُ، صَرَّحَ الْأَصْحَابُ بِهِذَا.

وَقَالَ الْإِمَامُ^(٥): ظَاهِرُ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ يَعْجِزُهُ بِنَفْسِهِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَنَحْوَهُمَا ».

(٢) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: « فَمُسْتَحَقٌّ »، الْمُبْتَدَأُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٥٢١).

(٣) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: « لِعَجْزِهِ »، الْمُبْتَدَأُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٥٢١).

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: « لَكِنْ » بِدُونِ « الْوَاوِ ».

(٥) انْظُرْ: (نَهَايَةُ الْمَطْلَبِ: ١٩ / ٤٠٧).

والوجه: الرفع إلى القاضي .

فلو أراد السيد أن يفديه ويبقي الكتابة، فهل يمتنع على مستحق الأرض التعجيز ويلزمه قبول الفداء؟ وجهان .

أرجحهما عند الإمام، والغزالي: لا .

وأصحهما: نعم، وبهذا قطع الجمهور .

وأما صاحب دين المعاملة، فليس له التعجيز؛ لأن حقه لا يتعلق بالرقبة .

ولو أمهله السيد ومستحق الأرض، ثم بدا لبعضهم، وأراد التعجيز، فله ذلك . وإذا تحقق التعجيز، سقطت النجوم، وبيع في الأرض، إلا أن يفديه السيد، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة على الصحيح .

فزع: ذكرنا أن الأصح تقديم دين الأجنبي على النجوم، وهل يضارب السيد معهم بماله من دين المعاملة؟ وجهان .

أصحهما: نعم، وأما ما للسيد عليه من أرض جنائية، فقال ابن كج: يستوي السيد والأجنبي فيه في دوام الكتابة، وأما بعد التعجيز، فبيع في أرض الجنائية للأجنبي، ويسقط ما للسيد؛ لأنه صار ملكه، ولا يثبت للسيد على عبده أرض، ويجوز أن يجعل فيه خلاف .

المسألة الخامسة: إذا كان بينهما عبد بالسوية، فكاتبه معاً^(١)، لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في المدفوع. فلو دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر، لم يعتق منه شيء؛ لأن نصف المأخوذ لشريكه، ويجيء فيه وجه ضعيف سبق .

وإن دفع إليه تمام النجوم، فكذلك على الأصح، وللشريك الآخر أخذ حصته [١٣٥٢ / ب] مما قبض بلا خلاف .

ولو قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر، عتق العبد قطعاً .

وإن سَلَّم إلى أَحَدِهِمَا حِصَّتَهُ من مال الكتابة بِإِذْنِ الْآخَرِ وَرِضَاهُ بِتَقْدِيمِهِ ، فَهَلْ يَصِحُّ الْقَبْضُ ؟ قَوْلَانِ .

أظهرهما: لا ؛ لأن حَقَّهُ في ذِمَّةِ الْمَكَاتِبِ . وما في يده مِلْكُهُ ، فلا أَثَرَ لِلإِذْنِ فيه ، ولأنه لو جاء بِالْمَالِ لِيُعْطِيَهُمَا ، فَرَضِي أَحَدُهُمَا بَأَنْ يَزِنَ لِلْآخَرِ أَوَّلًا ، فَفَعَلَ ، وَأَقْبَضَهُ ، لَمْ يَغْتَقِ حَتَّى يَزِنَ لِلْآخَرِ .

ولو هَلَكَ الْبَاقِي قَبْلَ أَنْ يَزِنَ لِلثَّانِي ، كَانَ الْمَدْفُوعُ بَيْنَهُمَا ، فَكَذَا هُنَا .

والثاني: نَعَمْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَعْدُوهُمْ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ الْقَبْضُ ، لَمْ يَغْتَقِ نَصِيبُ الْقَابِضِ ، وَلِلآذِنِ طَلَبُ حِصَّتِهِ مِنَ الْمَقْبُوضِ .

ثم إِنْ أَدَّى الْمَكَاتِبُ الْبَاقِي ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَإِلَّا ، فَلَهُمَا التَّعْجِيزُ .

وإن قُلْنَا : يَصِحُّ الْقَبْضُ ، اخْتَصَّ الْقَابِضُ بِمَا قَبِضَ ، وَعَتَقَ نَصِيبَهُ .

ثم إِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَغْتَقِ عَلَيْهِ نَصِيبَ الْآخَرِ ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ مَا يَفِي بِنَصِيبِ الْآخَرِ ، وَأَدَّاهُ ، عَتَقَ أَيْضًا ، وَإِلَّا ، فَلَهُ التَّعْجِيزُ .

وإن كَانَ مُوسِرًا ، قُوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكَ . وَهَلْ يُقَوِّمُ فِي الْحَالِ ، أَمْ عِنْدَ التَّعْجِيزِ عِنْدَ نَصِيبِ الْآخَرِ ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ السَّابِقَانِ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ^(١) أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ ، فَإِنْ قُلْنَا : يُقَوِّمُ فِي الْحَالِ ، فَجَمِيعُ مَا فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ يَكُونُ لِلشَّرِيكَ الْآذِنِ ، وَمَا كَسَبَهُ بَعْدَ ذَلِكَ يَكُونُ بَيْنَ الْمَكَاتِبِ وَالشَّرِيكَ الْآذِنِ ؛ لِأَنَّهُ كَسَبَ بِنَصْفَيْهِ الْحُرَّ وَالْمَكَاتِبَ .

وإن مَاتَ قَبْلَ الْأَدَاءِ وَالتَّعْجِيزِ ، فَعَلَى مَا سَبَقَ هُنَاكَ . هَذِهِ طَرِيقَةُ جَمَاهِيرِ الْأَصْحَابِ .

وَقَالَ الْإِمَامُ : إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ وَفَاءً بِنَصِيبِ الشَّرِيكَ الْآذِنِ ، فَالَّذِي رَأَيْتُهُ لِلأَصْحَابِ الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَا سِرَايَةَ .

قَالَ^(٢) الْغَزَالِيُّ : وَلَا نَقُولُ بَعْتَقِ نَصِيبَهُ ؛ بَلْ يُوْدِي نَصِيبَ الْآذِنِ ، فَإِذَا أَدَّى ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَصِيبِ الْآذِنِ ، فَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ : لَا يَشَارِكُ الْقَابِضُ فِيمَا

(١) فِي الْمَطْبُوعِ : « عَتَقَ » .

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ : « وَقَالَ » .

قبضَ؛ لأنه لما قدّمه رضي بقاء حقه في ذمّة المكاتب، فعلى هذا: يَتَقَيُّ نصيب القابض. وفي السراية ما ذكره الجماهير.

وعن غيره: أنَّ الآذِن يشاركه؛ لأن ما قبضه، كَسَبَ عبدهما، وإنما تبرّع الآذِن بالتقديم، لا بالتملك، ولا يَخْلُصُ له المقبوض. فعلى هذا: لهما تعجيزُهُ وإرقاقُهُ.

فَرَعُ: قد سبقَ أنهما إذا كاتبَا المشترك، فادّعى أنه أوفاهما، فصَدَّقَ أحدهما، وكذَّبَ الآخر، صُدِّقَ المكذَّبُ بيمينه، فإذا حلف، بقيت الكتابةُ في نصيبه، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدقَ فيما أقرَّ بقبضه، فيأخذ نصفه، ويطالب العبد بالباقي، وبين أن يطالب المكاتبَ بتمام نصيبه؛ لأنَّ كَسَبَهُ مُتَعَلِّقٌ حقهما بالشركة.

وقيل: إذا جَوَّزْنَا انفرادَ أحدهما بكتابة نصيبه، لم يشارك المصدق؛ بل يطالب المكاتب بجميع حقه. وإنكارُهُ قبضَ الشريك لا يمنعه الرجوعَ عليه؛ لأنه أقرَّ بالقبض، وربما قبَضَ، وهو لا يعلم.

ثم إذا أَخَذَ المكذَّبُ^(١) حِصَّتَهُ منهما، أو مِنَ العبدِ وحده، عَتَقَ باقيه، ولا يرجع المصدقُ إنَّ أَخَذَ منهما بشيءٍ على العبد؛ لاعترافه بأنه مظلومٌ، ولا يرجع العبدُ أيضاً على المصدقِ بما^(٢) يأخذ منه [١٣٥٣ / أ] ولا تقبلُ شهادةُ المصدقِ على المكذَّب؛ لأنه مُتَّهِمٌ.

السادسة: إذا كَاتَبَ عبيداً، وشرطَ أن يتكفَّلَ بعضهم بعضاً بالنجوم، فسَدَّتِ الكتابةُ؛ لأنه شرطُ فاسِدٍ؛ لأنَّ ضَمَانَ النجوم باطلٌ.

ولو ضَمِنَ بعضهم بعضاً بلا شرط، لم يَصِحَّ.

وفي قول قديم: لا تفسدُ الكتابةُ بالشرطِ المذكور؛ لأنه مصلحةُ العقد^(٣)، والمشهور: الأول.

ولو كَاتَبَ عبداً بشرطٍ أن يضمَّنَ عنه فلانٌ، لم تصحَّ الكتابةُ أيضاً. ولو أدَّى بعضُ المكاتبين عن بعضٍ بلا شرط، ولا ضمانٍ، أو كَاتَبَ عبيدين في عقدَين، فأدَّى

(١) في (ظ)، والمطبوع: «المكاتب»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢٥).

(٢) قوله: «العبد لا عتاقه». على المصدق بما « جاء في المطبوع عقب قوله: «المكذب حصته منهما، أو من».

(٣) في (أ): «للعقد»، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢٦): «من مصلحة العقد».

أحدهما عن الآخر؛ فَإِنْ أَدَّى بِإِذْنِهِ، رَجَعَ عَلَيْهِ، وَإِلَّا، فَلَا. وَإِنْ أَدَّى قَبْلَ الْعَتَقِ، فَهُوَ تَبَرُّعٌ، وَتَبَرُّعُهُ بغيرِ إِذْنِ السَّيِّدِ باطل، وبإِذْنِهِ قولان، فَإِنْ لم يَعْلَمْ السَّيِّدُ أَنَّهُ يُؤَدِّي عَنْ غَيْرِهِ؛ بِأَنْ ظَنَّ أَنَّهُ ^(١) كَسَبَ الْمُؤَدِّي عَنْهُ، وَأَنَّهُ وَكِيلُهُ، فَهُوَ تَبَرُّعٌ بغيرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، وَإِنْ عِلِمَ الْحَالُ، فَهُوَ كالتصريح بالإِذْنِ عَلَى الْأَصَحِّ، فَإِنْ صَحَّحْنَا الْأَدَاءَ، لَمْ يَرْجِعِ الْمُؤَدِّي عَلَى السَّيِّدِ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُؤَدِّي عَنْهُ إِنْ أَدَّى بِإِذْنِهِ، وَلَا يَرْجِعُ إِنْ أَدَّى بغيرِ إِذْنِهِ.

وَإِذَا ثَبَتَ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ عَتَقَ، فَذَلِكَ، وَإِلَّا، فَيَأْخُذُهُ ^(٢) مِمَّا فِي يَدِهِ، وَيَقْدَمُ عَلَى النُّجُومِ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَلَ لَهُ، وَحَقُّ السَّيِّدِ لَهُ بَدَلٌ عِنْدَ التَّعَدُّرِ، وَهُوَ رَقَبَتُهُ.

وَإِنْ لَمْ نَصَحِّحِ الْأَدَاءَ، فَلَا رُجُوعَ لِلْمُؤَدِّي عَلَى الْمُؤَدِّي عَنْهُ؛ لَكِنَّهُ يَسْتَرُدُّ مِنَ السَّيِّدِ، فَلَوْ أَدَّى النُّجُومَ، وَعَتَقَ، فَالْنَصُّ أَنَّهُ لَا يَسْتَرُدُّ حِينَئِذٍ، وَنَصٌّ فِيمَا لَوْ جَنَى السَّيِّدُ عَلَى مَكَاتِبِهِ، فَعَفَا عَنِ الْأَرْضِ، وَأَبْطَلْنَا الْعَفْوَ؛ بِنَاءً عَلَى رَدِّ تَبَرُّعَاتِهِ، فَعَتَقَ، أَنَّ لَهُ أَخَذَ الْأَرْضِ.

قَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ: فِي الصَّوْرَتَيْنِ قَوْلَانِ، كَزَوَالِ الْمَانِعِ مِنْ تَبَرُّعِهِ، لَكِنْ وَقَعَ الْعَفْوَ وَالْأَدَاءُ فَاسْدَيْنِ، فَلَا يَنْقَلِبَانِ صَحِيحَيْنِ.

وَلَوْ كَاتَبَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَبْدَهُ، ثُمَّ أَدَّى أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، لَمْ يَصَحَّ أَدَاؤُهُ، وَبِإِذْنِهِ قَوْلَانِ.

وَقَالَ الْقَفَّالُ: إِنْ انْضَمَّ إِذْنُ الْمُؤَدِّي عَنْهُ إِلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ، صَحَّ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ إِقْرَاضًا، وَالْإِقْرَاضُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ بِلَا خِلَافٍ، فَإِنْ لَمْ نَصَحِّحِ أَدَاءَهُ ^(٣)، فَلَهُ الْاسْتِرْدَادُ، فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ الْاسْتِرْدَادِ، فَفِيهِ الْخِلَافُ.

فَرَوْعُ: الْمَكَاتِبُونَ دَفْعَةً وَاحِدَةً إِذَا اخْتَلَفُوا فِيمَا دَفَعُوهُ ^(٤) إِلَى السَّيِّدِ، فَقَالَ مَنْ قَلَّتْ

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَنْ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «فَيَأْخُذُ».

(٣) فِي (ظ): «الْأَدَاءُ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٥٢٨).

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «دَفَعَهُ».

قيمتُهُ: أَدَيْنَا النُّجُومَ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ، وَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ: بَلْ عَلَى أَقْدَارِ الْقِيَمِ، فَقُولَانِ.

أَظْهَرُهُمَا: يُصَدِّقُ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ؛ لِثَبُوتِ يَدِهِ عَلَى مَا ادَّعَاهُ.

وَالثَّانِي: يُصَدِّقُ الْآخَرُ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ مَعَهُ.

وَقِيلَ: لَيْسَتْ عَلَى قَوْلَيْنِ؛ بَلْ إِنْ أَدَّوْا بَعْضَ الْمَالِ بَحِيْثٌ لَوْ وَزَعَ عَلَى رُؤُوسِهِمْ، لَمْ يَخْصَّ أَحَدُهُمْ أَكْثَرَ مِنْ قِسْطِهِ، صُدِّقَ قَلِيلُ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ أَدَّوْا الْجَمِيعَ، وَادَّعَى قَلِيلُ الْقِيَمَةِ أَنَّهُ أَدَّى أَكْثَرَ مِمَّا عَلَيْهِ؛ لِيَكُونَ وَدِيعَةً عِنْدَ السَّيِّدِ، أَوْ قَرْضاً عَلَى كَثِيرِ الْقِيَمَةِ، فَيُصَدِّقُ كَثِيرُ الْقِيَمَةِ.

قَالَ الرُّوْيَانِيُّ: وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ اشْتَرَى اثْنَانِ شَيْئاً عَلَى التَّفَاضُلِ، وَأَدَّيَا الثَّمَنَ، وَاخْتَلَفَا فِي أَنَّهُمَا أَدَّيَا مُتَفَاضِلًا، أَمْ مُتَسَاوِيًا.

السَّابِعَةُ: فِي الْاِخْتِلَافِ، وَفِيهِ صَوْرٌ.

إِحْدَاهَا^(١): ادَّعَى عَبْدٌ عَلَى سَيِّدِهِ [١٣٥٣ / ب] أَنَّكَ كَاتِبْتَنِي، فَأَنْكَرَ، صُدِّقَ السَّيِّدُ بِمِمينِهِ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى عَلَى وَارِثِهِ بَعْدَهُ، أَنَّ مَوْرَثَكَ كَاتِبَنِي، صُدِّقَ الْوَارِثُ، وَيَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: كَاتِبْتُكَ وَأَنَا مَجْنُونٌ، أَوْ مَحْجُورٌ عَلَيَّ، وَقَالَ^(٢) الْعَبْدُ: بَلْ كُنْتُ كَامِلًا؛ فَإِنْ عُرِفَ لِلْسَّيِّدِ جُنُونٌ، أَوْ حَجَرٌ، صُدِّقَ، وَإِلَّا، فَيُصَدِّقُ الْعَبْدُ.

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: كَاتِبْتُكَ، فَأَنْكَرَ الْعَبْدُ، فَفِي «كِتَابِ ابْنِ كَيْجٍ» أَنَّهُ إِنْ^(٣) لَمْ يَعْتَرِفْ بِأَدَاءِ الْمَالِ، عَادَ رَقِيقًا، وَيَكُونُ إِنْكَارُهُ تَعْجِيزًا مِنْهُ.

وَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ: وَأَدَيْتَ الْمَالَ، وَعَتَقْتَ، فَهُوَ حُرٌّ بِإِقْرَارِهِ، فَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ: الَّذِي أَدَيْتَ إِلَيْكَ لَيْسَ لِي؛ بَلْ وَدِيعَةٌ لَزَيْدٍ، وَادَّعَاهُ زَيْدٌ، صُدِّقَ.

أَمَّا إِذَا اخْتَلَفَا فِي أَدَاءِ الْمَالِ، فَالْمُصَدِّقُ السَّيِّدُ، فَإِنْ أَرَادَ الْمَكَاتَبُ إِقَامَةَ بَيْنَةٍ بِالْأَدَاءِ، أَمَهْلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ. وَهَلْ هَذَا الْإِمَهَالُ وَاجِبٌ، أَمْ مُسْتَحَبٌّ؟ وَجِهَانِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «إِحْدَاهُمَا».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «قَالَ» بِدُونِ «الْوَاوِ».

(٣) كَلِمَةٌ: «إِنْ» لَيْسَتْ فِي (أ).

ولا تثبت الكتابةُ بشاهد وامرأتين ، ولا بشاهدٍ ويمينٍ .

ويشترطُ في الشهادة التعرُّضُ للتنجيم ، وقَدْرُ كُلِّ نَجْمٍ ، ووقتهِ .

ويثبتُ الأداءُ بشاهدٍ وامرأتين ، وبشاهدٍ ويمينٍ .

وقيل : لا يثبتُ النجمُ الأخيرُ إلا بعدَ لَينٍ ؛ لتضمُّنِهِ العتق ، والصحيحُ : الأولُ .

وحكى الرُّوْيَانِيُّ في « الكافي » ^(١) : أنه لو أمهلَ ثلاثة أيام ، ليأتيَ بيَّنةُ الأداءِ ، فأحضرَ شاهداً بعدَ الثلاثة ، واستنظرَ ليأتيَ بالثاني ، أنظرَ ثلاثةً أخرى .

الثانية: اختلفا في قَدْرِ النجوم ، أو عددها ، أو جنسها ، أو صفتها ، أو قَدْرِ الأجل ، ولا بيَّنةً ، تحالفاً ، وكيفيتهُ كما سبق في « البيع » فإذا تحالفاً ، نُظِرَ : إن لم يحصلِ العتقُ باتفاقهما ؛ بأنَّ لم يَقْبِضْ جميعَ ما يدَّعيه ، أو قبضَ غير الجنس الذي يدَّعيه ، فهل تنفسخُ الكتابةُ ، أم يفسخُها الحاكمُ إن لم يتراضيا على شيء ؟ فيه ما سبق في البيع .

وإن حَصَلَ العتقُ باتفاقهما ؛ بأنَّ قبضَ ما يدَّعيه بتمامه ، وزعمَ المكاتبُ أنَّ الزيادةَ على القَدْرِ الذي اعترفَ به أودعها عنده ، استمرَّ نفوذه ، ويتراجعان ، فيرجعُ السيدُ بقيمة المكاتب ، ويرجعُ هو بما أدَّى ، وقد يقع في التقاصِّ .

ولو قال السيدُ : كاتبُكَ على نجم ، فقال : بل على نجمين ، قال البغويُّ ^(٢) : صدَّقَ السيدُ بيمينه ؛ لأنه يدَّعي فسادَ العقد .

قلتُ : ينبغي أن يكونَ على الخلافِ فيما لو اختلفَ المتبايعانِ في مفسدٍ للبيع . والله أعلمُ .

فلو أقامَ العبدُ بيَّنةً ، بأنه كاتبُهُ في رمضانَ ، سنةَ كذا على ألفٍ ، وأقامَ السيدُ بيَّنةً أنه كاتبُهُ في شَوَّالِ تلكَ السنة على ألفَيْنِ ، فإن اتفقا أنَّ الكتابةَ واحدةٌ ^(٣) ، فكلُّ بيَّنةٍ تكذبُ الأخرى ، فتساقطانِ ، ويتحالفاً .

(١) الكافي : للقاضي أبي المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل الرُّوْيَانِيُّ ، وهو شرحٌ مختصرٌ على المختصر . انظر : (الخزانة السنية : ٨٢) .

(٢) انظر : (التهذيب : ٨ / ٤٣٢) .

(٣) في المطبوع : « متحدة » ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز : ١٣ / ٥٣١) .

وإن لم يتفقا على الاتحاد، فالبيئة المتأخرة أولى؛ لأنه ربما كاتب في رمضان، ثم ارتفعت تلك الكتابة، وأحدث أخرى.

الثالثة: وَلَدُ المَكَاتِبِ من زوجِتهِ المَعْتَقَةِ حُرٌّ، وولأُوهُ لمواليها، فإن عَتَقَ المَكَاتِبُ، انجَرَ الولاءُ إلى مواليه، كما سبق في « الولاء ».

فلو ماتَ المَكَاتِبُ، فاختلفَ مولاهُ ومولى أُمِّ أولادِهِ، فقال مولاهُ: عَتَقَ بأداءِ النجوم، ثم ماتَ وجَرَ ولاءَ أولادهِ إليَّ، وأنكَرَ موالِيها، فهمُ المَصَدِّقونَ باليمين، وعليه البيئَةُ. وهل يكفيه شاهدٌ ويمينٌ، أو شاهدٌ وامرأتان، أم يحتاجُ إلى شاهدين؟ فيه الخلافُ في النجم الأخير، ويدفعُ مالَ المَكَاتِبِ إلى ورثتهِ الأحرارِ؛ [١٣٥٤ / ١] لإقرارِ السيد أنه ماتَ حرّاً.

ولو أقرَّ السيدُ في حياةِ المَكَاتِبِ بأنه أدَّى النجومَ، عَتَقَ، وجَرَ إليه ولاءَ ولده.

الرابعة: كاتَبَ عبدَينِ في صَفَقَتَينِ، أو صَفَقَةٍ، وجَوَزَناها، ثم أقرَّ أنه استوفى نجومَ أحدهما، أو أنه أبرأ أحدهما، أمرَ بالبيان، فإن قال: نسيتهُ، أمرَ بالتذكُّرِ، ولا يقرعُ بينهما ما دام حيّاً.

وقيل: يقرعُ، والصحيحُ: الأولُ، فإن بيّنَ أحدهما، فصدَّقه الآخرُ، فذاك، وإن كذَّبه وقال: بل استوفيتَ مني، أو أبرأتني، فله تحليفُ السيدِ، فإن حلفَ، بقيتَ كتابتهِ إلى أداءِ النجومِ، وإن نكَلَّ، حلفَ المكذَّبُ، وعَتَقَ أيضاً.

وإن لم يتذكَّرْ، حلفَ لهما إذا ادَّعاه.

وإذا حلفَ، فوجهان.

أحدهما: يبقيانِ على الكتابة، ولا يَعْتَقُ واحدٌ منهما إلّا بأداءِ النجوم.

والثاني: تتحوَّلُ الدعوى^(١) إلى^(٢) المَكَاتِبَينِ، فإن حلفَا على الأداءِ، أو نكَلَا، بقيا على الكتابة، وإن حلفَ أحدهما، ونكَلَّ الآخرُ، حكمَ بعَتَقِ الحالفِ، وبقي الآخرُ مَكَاتِباً.

(١) في المطبوع: « دعوى ».

(٢) كلمة: « إلى » ساقطة من المطبوع.

ولو بَيَّنَّ أحدهما، فقال الآخر: نَوَيْتَنِي^(١) بالإقرار الذي أبهمته^(٢)، ولم يقل: استوفيت مني، أو أبرأتني.

قال الإمام^(٣): فالأصحُّ أنَّ دعواه مردودة؛ لأنه لا يدَّعي حقًّا ثابتاً، وإنما يدَّعي إخباراً قد يصدق فيه، وقد يكذب، وقد سبقَ نظيرُ هذا في «الدعوى».

ولو مات السيد قبل البيان، فهل يقوم الوارث مقامه في البيان؟ قولان.

أحدهما: لا؛ بل يقرع، فَمَنْ خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ، فهو حُرٌّ، وعلى الآخر أداء النجوم، وله تحليف الوارث على نفي العلم.

وأظهرهما: يقوم مقامه، ولا قرعة، فإذا بَيَّنَّ، فالحكم كما سبق في بيان المورث، إلا أنَّ الوارث يحلف على نفي العلم، فإن قال الوارث: لا أعلم المؤدِّي، فلكلِّ واحدٍ تحليفه أنه لا يعلمه أدَّى، فإذا حلفَ لهما، فوجهان.

أحدهما: يستوفي من كُلِّ واحدٍ منهما ما عليه، كما لو أقرَّ بأنَّ أحدَ غريميه أوفاه دينه، ومات قبل البيان، وحلفَ الوارثُ لكلِّ واحدٍ منهما؛ فإنه يستوفي الدَّينين جميعاً.

وحكى ابنُ الصَّبَّاحِ توقَّفَ العتقِ على أداءِ كُلِّ واحدٍ منهما جميعاً ما عليه، ثم قال: وعندي أنه إن استوى^(٤) المالان، فقالا: نوَّدِي ما على أحدنا، أو اختلفا، فقالا: نوَّدِي الأكثرَ ليعتقَ، كان لهما ذلك؛ لأنهما بأدائه قد أدَّيا جميعاً ما عليهما.

والوجه الثاني، وهو الأصحُّ، وبه قال القاضي أبو الطَّيِّب: يقرع بينهما، هكذا رتَّبَ الجمهورُ المسألة.

وقال الإمام، والغزالي: لكلِّ واحدٍ من المكاتبين^(٥) أن يدَّعي على الوارث

(١) في المطبوع: «توتيتني»، خطأ. وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٣٢)، (و) نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩١): «عَيَّيْتَنِي» بدل: «نويتني».

(٢) في المطبوع: «أبهمته»، تصحيف.

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩١).

(٤) في (أ)، والمطبوع: «استوفى»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٣٣).

(٥) في المطبوع: «الكاتبين»، خطأ.

توفية النجوم إلى المورث، أو إبراءه له، وأن يحلفه على نفي العلم، فإذا حلف هل يقرع؟ قولان.

أظهرهما: نعم، فمن خرجت له القرعة، فهو حر، وعلى الآخر أداء النجوم.

وإن قلنا: لا يقرع. قال الإمام^(١): الذي يقتضيه القياس: التوقف إلى الاصطلاح، أو البيان، أو بينة، وينقدح أن يقال: للوارث تعجزهما؛ فإنهما ممتنعان من الأداء، وأحدهما مكاتب، وحينئذ فأحدهما حر، والآخر رقيق، فيقرع، والمذهب ما قدمناه عن الجمهور.

ولو أقر باستيفاء بعض نجوم أحدهما، ولم يبين، فلا قرعة؛ لأن العتق لا يحصل به؛ بل يوقف الأمر. ولو ادعى أحد المكاتبين على الوارث الأداء، أو الإبراء [١٣٥٤ / ب]، فأنكر، حصل بإنكاره الإقرار للآخر، قاله الصيقلاني.

قلت: هذا الذي قاله الصيقلاني فيما إذا قال في إنكاره: لست المؤدي. أما إذا قال: لا أعلم، ونحوه، فليس مقررًا للآخر بلا شك. والله أعلم.

فروع من « التهذيب »^(٢): لو قال السيد: استوفيت، أو قال المكاتب: أليس قد أوفيتك؟ فقال: بلى، ثم قال المكاتب: وفيتك الجميع، وقال السيد: البعض، فالمصدق السيد؛ لأن اللفظ يحتملها جميعاً.

ولو وضع عن المكاتب شيئاً من النجوم، واختلفا، فقال السيد: وضعت من النجم الأول، وقال المكاتب: من الأخير، أو قال: وضعت بعض النجوم، فقال المكاتب: بل كلها، صدق السيد بيمينه.

ولو كاتبه على ألف درهم، فوضع عنه عشرة دنانير، لم يصح.

فإن قال: أردت قيمة عشرة دنانير من الدراهم، صح. فلو قال المكاتب: أردت المعنى الثاني، فأنكر السيد، صدق السيد.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٣٩٢).

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٣٣).

ولو وضع عنه من الدراهم ما يقابلُ عَشْرَةَ دنانير، وهو ^(١) مجهول عندهما، ففي صحته وجهان؛ بناءً على الخلاف فيما لو أوصى بزيادةٍ على الثلث، وأجاز الوارث، وهو جاهلٌ بالزيادة، ففي وجه: لا يصحُّ، ويحملُ على أَقَلِّ ما يتيقَّن.

الحكم الثالث: تصرُّفاتُ السيد في المكاتب، وما يتعلَّق به، وتصرُّف المكاتب. أما القسم الأول، ففيه مسائل.

إحداها: في صحَّة بيع السيد رَقَبَةَ المكاتب، وهبته قولان. الأظهر الجديّد: بطلانُه، ومنهم مَنْ قطعَ به.

فعلى هذا: لو أدّى النجوم إلى المشتري بعد البيع، فهل يَعتَقُ؟ فيه خلافٌ الذي نذكره إن شاء الله تعالى فيما لو دفع النجوم إلى مشتري النجوم.

ولو استخدمه المشتري مدةً، لزمه أجره المثل للمكاتب، وهل على السيد أن يمهله قَدْرَ المدة التي كان ^(٢) في يد المشتري؟ قولان كما لو استخدمه السيد، أو حبسه.

وإن قلنا بالقديم، فثلاثة أوجه.

الصحيح: بقاء الكتابة، وينتقل إلى المشتري مكاتباً، فإذا أدّى إليه النجوم، عتق، وكان الولاء للمشتري.

والثاني: يَعتَقُ بالأداء إلى المشتري، ويكون الولاء للبائع، ويكون انتقاله بالشراء، كانتقاله بالإرث.

والثالث: ترتفع الكتابة بالبيع، فينتقل غير مكاتب، وهو ضعيف.

ولو قال أجنبيُّ لسيد المكاتب: أعتقُ مكاتبك على كذا، أو أعتقه عني على كذا، أو مجاناً، فهو كقوله: أعتقُ مُستولدتك، وقد سبق في «الكفارات».

ولا يجوزُ للسيد بيعُ ما في يد المكاتب، ولا إعتاق عبيده، ولا تزويجُ إمائه.

الثانية: لا يصحُّ بيعُ السيد نجومَ الكتابة التي على المكاتب على المذهب،

(١) في (ظ)، والمطبوع: «فهو».

(٢) في فتح العزيز (١٣ / ٥٣٥): «كانت».

ولا الاستبدال عنها على الصحيح، فلو باعها، لم يَجْزُ^(١) للمكاتب تسليمها إلى المشتري، ولا للمشتري مطالبتها بها، ويحصل العتق بدفعها إلى السيد. وهل يحصل بدفعها إلى المشتري؟ قال في «المختصر»: نَعَمْ، وفي «الأم»: لا، فقال الجمهور: قولان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنَّ السيد سَلَّطَه^(٢) على القبض، فأشبهه الوكيل.

وأظهرهما: لا؛ لأنه يقبض لنفسه، حتَّى لو تلف في يده، ضمنه، بخلاف الوكيل.

وقال أبو إسحاق: إِنْ قال بَعْدَ^(٣) البيع: خُذْها منه، أو قال للمكاتب: ادفِعهَا إليه، صار وكيلًا، وَعَتَقَ بقبضه، وَإِنْ اقتصَرَ على البيع، فلا.

ويقال: إِنْ أبا إسحاق [١٣٥٥ / أ]، عَرَضَ هذا الفرقَ على ابنِ سُرَيْجٍ، فلم يعبأ به، وقال: هو وَإِنْ صرَّحَ بالإذن؛ فإنما يأذُنُ بحكم المعاوضة، لا بالوكالة.

فإن قلنا: يَعْتَقُ، فما أخذه المشتري يُعْطيه للسيد؛ لأنَّا جعلناه كوكيله^(٤).

وإن قلنا: لا يَعْتَقُ، فالسيد يطالبُ المكاتبَ، والمكاتبُ يسترُدُّ من المشتري.

الثالثة: السيدُ معه في المعاملة كأجنبيٍّ، فيبايعه^(٥)، ويأخذُ منه^(٦) بالشفعة.

فلو ثبت له على سيده دَيْنٌ معاملةً، ولسيده عليه النجومُ، أو دَيْنٌ معاملةً، ففي التقاصِّ الخلافُ الآتي في الفرع عَقِيْبُهُ، إِنْ شاء الله تعالى.

فرع: في التقاصِّ. إذا ثبت لشخصين، كلٌّ واحدٍ منهما على صاحبه دَيْنٌ بجهةٍ واحدةٍ أو جهتين، كَسَلَمٍ، وقَرْضٍ، أو قَرْضٍ، وثَمَنِ، نُظَر:

هل هما نقدان، أم لا؟ وهل هما جنسٌ، أم لا؟

(١) في المطبوع: «يجز» تصحيف.

(٢) في المطبوع، و(فتح العزيز: ١٣ / ٥٣٧) «للسيد سُلْطَةٌ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: «عند» بدل: «بعد».

(٤) في المطبوع: «كتوكيله».

(٥) في المطبوع: «يبايعه».

(٦) في (ظ)، والمطبوع: «ثمنه»، خطأ. انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٥١)، و(فتح العزيز:

فإن كانا جنساً، واتفقا في الحُلُولِ وسائر الصفات، فأربعة أقوالٍ .

أظهرها: يحصلُ التقاضُ بنفسِ ثبوتِ الدَّيْنَيْنِ، ولا حاجةَ إلى الرِّضَا؛ إذ لا فائدة فيه .

والثاني: لا يحصلُ التقاضُ، وإن رضى؛ لأنه بيعٌ دَيْنٍ بِدَيْنٍ .

والثالث: يشترطُ في التقاضِ رضاهما .

والرابع: يكفي رضا أحدهما .

وإن اختلفَ الدَّيْنَانِ في الصفاتِ، كالصَّحَّةِ، والتكسُّرِ^(١)، والحُلُولِ، والتأجيلِ، أو في^(٢) قَدْرِ الأجلِ، لم يحصلِ التقاضُ؛ لاختلافِ الأغراضِ، ولصاحبِ الحالِّ أَنْ يستوفيه، وينتفعَ به إلى أَنْ يَحِلَّ ما عليه، فإن تراضيا على جَعْلِ الحالِّ قصاصاً عن المؤجَّلِ، لم يَجْزُ، كما في الحِوَالَةِ، وحكى أبو الفَرَجِ الزَّازُ^(٣) فيهما وجهاً .

ولو كانا مؤجَّلَيْنِ لأجلٍ واحدٍ، فهل هما كالحالِّينِ، أم كمؤجَّلَيْنِ بأجلَيْنِ مختلفَيْنِ؟ وجهان، أرجحُهما عند الإمام: الأولُ^(٤)، وعند البغوي: الثاني .

وإن كانا جنسَيْنِ: دراهمَ، ودنانيرَ، فلا مُقَاَصَّةَ . والطريقُ: أَنْ يأخذَ أحدهما ما على الآخرِ . ثم إن شاء جعلَ المأخوذَ عوضاً عمَّا عليه، فيردهُ إليه، ولا حاجةَ إلى قبضِ العِوَضِ الآخرِ .

أمَّا إذا لم يكنِ الدَّيْنَانِ نَقْدَيْنِ، فإن كانا جنساً، فالمذهبُ أنه لا تقاضُ، وبه قطع جمهورُ العراقيينِ، وغيرهم .

(١) في المطبوع: « والكسر » .

(٢) كلمة: « في » لم ترد في المطبوع .

(٣) هو أبو الفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ، عبد الرحمن بن أحمد .

(٤) الذي في (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٥٢): « ولو فرضنا دَيْنَيْنِ مؤجَّلَيْنِ، فهل يجري التقاضُ بينهما ولا طلبَ في واحدٍ منهما؟ هذا فيه احتمالٌ عندي، والأوجهُ: إجراء ثلاثة أقوالٍ، فأما القول الرابع - وهو التساقط من غير رضا - فلست أرى له وجهاً » .

وقيل: هو على الأقوال. وقيل: إن كانا من ذوات الأمثال، فعلى الأقوال، وإلا، فلا تقاص قطعاً.

وإن كانا جنسين، فلا تقاص قطعاً، وإن تراضيا؛ بل إن كانا عرضين، فليقبض كل واحد ما على الآخر، فإن قبض أحدهما، لم يجز رده عوضاً عن المستحق للمردود عليه؛ لأنه بيع عرض قبل القبض، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرض، أو إتلاف، لا بعقد.

وإن كان أحدهما عرضاً، والآخر نقداً؛ فإن قبض مستحق العرض العرض، ورده عوضاً [عن النقد المستحق عليه، جاز، وإن قبض مستحق النقد النقد، ورده عوضاً]^(١) عن العرض المستحق عليه لم يجز، إلا أن يكون العرض مستحقاً بقرض، أو إتلاف. هكذا ذكر ابن الصبّاغ، والرؤياني، وغيرهما^(٢).

وإذا حصل التقاض بين السيد والمكاتب، وبرئ المكاتب عن النجوم، عتق، كما لو أداها.

قلت: وإذا^(٣) قلنا: لا يتقاضان، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه، حُسِنَ حتى يسَلِّما، ذكره صاحب «الشامل»، وغيره. والله أعلم.

الرابعة: إذا أوصى السيد بالمكاتب، صَحَّتِ الوصية على القديم [١٣٥٥ / ب] الذي يصح بيعه، ولا يصح على الجديد.

فعلى هذا: لو قال: إن عَجَزَ مكاتبِي، وعاد إلى الرق، فقد أوصيتُ به لفلان، فوجهان.

أحدهما: لا يصح؛ اعتباراً بحال التعليق، وكما لو قال: إن ملكْتُ عبدَ فلان، فهو حرٌّ.

والثاني، وهو الصحيح، وبه قطع الجمهور: تصح الوصية كما لو أوصى بثمرة نخلته، وحمل جاريته، وكما لو قال: إن ملكْتُ عبدَ فلان، فقد أوصيتُ به، فإن قلنا

(١) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ).

(٢) كلمة: « وغيرهما » مكررة في (م).

(٣) في المطبوع: « فإذا ».

بالصحيح، فَعَجَزَ، وأرادَ الوارثُ إِنْظَارَهُ، فللموصي له تعجيزُهُ؛ لِيَأْخُذَهُ^(١)، وإنما يعجِزُهُ بالرفع إلى الحاكم، كما سبق في المجني عليه.

ولو أوصى بالنجوم التي عليه، صَحَّتْ، وإن لم تكن مستقرّةً، كما تصحُّ الوصيةُ بالحمل، وإن لم يكن مملوكاً في الحال، فإن أداها، فهي للموصي له، وولاء المكاتب للسيد.

وإن عَجَزَ، فللوارث تعجيزُهُ، وفسخُ الكتابة، وإن أنظره الموصي له.

وهل^(٢) للموصي له إبراؤُهُ عن النجوم؟ فيه احتمالانِ لابنِ كَجٍّ، والقاضي حُسَيْن.

ولو أوصى لواحدٍ برفقته إن عَجَزَ، ولآخرَ بالنجوم، صَحَّتِ الوصيتانِ؛ فإن أدّى المالَ، بَطَلَتِ الأولى. وإن رَقَّ، بَطَلَتِ الثانيةُ.

ولو أوصى لرجل بما يعجلُّه المكاتبُ، فلم يُعَجَّلْ، وأدّى النجوم في محلِّها، بَطَلَتِ الوصيةُ، ولا يجبرُ على التعجيل؛ لتنفيذِ^(٣) الوصيةِ.

هَذَا كُلُّهُ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ، أَمَّا إِنْ كَاتَبَهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً، ثُمَّ أَوْصَى بِرَفْقَتِهِ؛ فَإِنْ كَانَ عَالِماً بِفَسَادِ الْكِتَابَةِ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ، وغيرُهُ: وتَتَضَمَّنُ الْوَصِيَّةُ فسخَ الْكِتَابَةِ.

وإن كان يظنُّ صِحَّتَهَا، فَقَوْلَانِ.

أَحَدُهُمَا: لَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى مُعْتَقِداً بِطُلَانِ الْوَصِيَّةِ.

وَأُظْهِرُهُمَا: تَصَحُّ؛ اعْتِبَاراً بِحَقِيقَةِ الْحَالِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ فِيمَا لَوْ كَانَ عَالِماً بِفَسَادِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَةَ كَالصَّحِيحَةِ فِي حَصُولِ الْعَتَقِ، وَغَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ بَيْعاً فَاسِداً، ثُمَّ أَوْصَى بِالْمَبِيعِ، وَهُوَ عَالِمٌ بِفَسَادِ الْبَيْعِ؛ فَإِنَّهُ يَصَحُّ قَوْلًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَيْسَ كَالصَّحِيحِ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَلِيَأْخُذَهُ ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « فَهَلْ ».

(٣) فِي (أ): « لَتَنْفِذَ ».

وأما إذا وصى بالمبيع جاهلاً بفساد البيع، فهو على القولين .

ولو باع المكاتبَ كتابةً فاسدةً، أو المبيعَ بيعاً فاسداً، أو وهَبَ، أو رَهَنَ وهو جاهلٌ بالفساد، ففيل: فيه القولان .

وقيل: يَبْطُلُ قطعاً، بخلاف الوصية؛ لأنها تحتلُّ الغررَ .

والخلافُ في هذا كُلُّه كالخلاف فيمن باع مالَ أبيه ظاناً أنه حيٌّ فكان ميتاً .

وفي معناها: ما إذا وُكِّلَ رجلاً بشراءِ عبدٍ، ثم باعه وهو لا يعلم أنَّ الوكيلَ اشتراه له، أو باعَ مالَ اليتيم وهو لا يعلم أنَّ أباه جعله وصياً له، فبان أنه جعله .

الخامسة: الوصية بوضع النجوم عن المكاتبِ صحيحةٌ معتبرةٌ من الثلث .

فلو قال: ضَعُوا عنه ما عليه من النجوم، أو كتابته، فمقتضاهُ وَضَعُ الجميع^(١) .

فلو قال: نَجَمًا من نجومه، فالاختيارُ للوارث يضعُ ما شاء؛ أَقَلَّها، أو أَكْثَرها، أَوَّلها، أو آخِرها، أو أَوْسَطها .

وكذا لو قال: ضَعُوا عنه ما قَلَّ، أو كَثُرَ، أو ما خَفَّ وثَقُلَ .

ولو قال: ضَعُوا عنه ما شاء من نجوم الكتابة، فشاء وضعَ الجميع، لم يوضعِ الجميع؛ بل يبقى أَقَلُّ ما يتموَّل؛ لأنَّ « مِنْ » للتبعية .

ولو اقتصرَ على قوله: « ضَعُوا عنه ما شاء » فشاء الجميع، ففيل بوضعِ الجميع . والصحيحُ المنصوصُ: أنه يبقى شيء [١٣٥٦ / ١] كالصورة السابقة . ولو قال: ضَعُوا عنه أَكْثَرَ ما عليه، أو أَكْثَرَ ما بقي عليه، وَضَعَ نِصْفُ ما عليه وزيادةً، وتقديرُ الزيادةِ إلى اختيارِ الوارثِ .

ولو قال: ضَعُوا عنه أَكْثَرَ ممَّا عليه، أو ما عليه، وأَكْثَرَ، وضعَ عنه الجميع، ولغا ذكرُ الزيادةِ .

ولو كانت عليه نجومٌ مختلفةُ الأقدارِ والآجالِ، فقال: ضَعُوا عنه أَكْثَرَ النجومِ، أو أَكْبَرها، رُوِيَ القَدْرُ .

(١) في المطبوع: « النجوم »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٢): « الكل » .

وإن قال : أطولها وأقصرها^(١)، رُوِيَتْ المدة.

وإن قال : أوسط النجوم، فهذا يحتمل الأوسط في القدر، وفي الأجل، وفي العدد؛ فإن اختلفت النجوم فيها جميعاً، فللورثة تعيين ما شاؤوا، فإن زعم المكاتب أنه أراد غيرهم، حلفهم على نفي العلم.

وإن تساوت في القدر والأجل، حُمِلت على العدد، فإذا كان العدد وتراً، كالثلاثة والخمسة، فالأوسط واحد. وإن كان شفعاً، فالأوسط اثنان، كالثاني والثالث من أربعة، فيعين الوارث أحدهما، هكذا قاله^(٢) ابن الصبّاغ، وغيره. ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما، فيوضعان، وهذا مقتضى ما في « التهذيب »^(٣).

فَرَعٌ: أوصى بكتابة عبد بعد موته، فلم يرغب العبد في الكتابة، تَعَذَّرَ تنفيذ الوصية، ولا يكاتب بدله آخر، كما لو أوصى لزيد بمال، فلم يقبل، لا^(٤) يصرف إلى غيره.

وإن رغب؛ فإن خرج كله من الثلث، كُوتِبَ.

ثُمَّ إن عيّن مال الكتابة، كُوتِبَ على ما عيّنه، وإلا، فعلى ما جرت به العادة. والعادة أن يكاتب العبد على ما فوق قيمته.

وإن لم يخرج كله من الثلث، ولم^(٥) يُجْزِ الوارث، فقل: كتابة القدر الذي يخرج من الثلث يكون على خلاف في كتابة بعض العبد، والمذهب أنه يكاتب ذلك القدر، ويصح بلا خلاف، ولا يُبالي بالتبعض إذا أفضت الوصية إليه، وإذا كُوتِبَ بعضه، وأدّى النجوم، عَتَقَ، وولاؤه للموصي، والباقي رقيق.

وإن^(٦) أجاز الوارث كتابة كله، وعَتَقَ بأداء النجوم، فولاء الجميع للموصي إن جعلنا الإجازة تنفيذاً، وإلا فولاء ما زاد على القدر الخارج من الثلث للوارث.

(١) في المطبوع: « وأقصرها ».

(٢) في المطبوع: « قال ».

(٣) انظر: (التهذيب : ٨ / ٤٧٨) .

(٤) في المطبوع: « فلا ».

(٥) في المطبوع: « فلم ».

(٦) في المطبوع: « فإن ».

ولو قال: كاتبوا أحدَ عبيدي، لم يكتبَ أمة، ولا خُنْثى مُشْكِل. وهل يكتبُ خُنْثى ظهرت ذكورتُهُ؟ فيه طريقان.

المذهب: نَعَمْ.

والثاني: قولان؛ لُبْعِدِه عن الفهم عند الإطلاق.

ولو قال: كاتبوا إحدى إمائي، لم يكتبِ المُشْكِل، فإنْ ظهرتْ أنوثَتُها، فعلى الطريقين.

ولو قال: أحدَ رقيقي، جاز العبدُ والأمةُ، وجاز المُشْكِلُ على المشهور.

فصل: وأمّا تصرفاتُ المكاتب، فهو كالحرِّ في مُعظمها، فيبيعُ ويشترى، ويؤجرُ ويستأجرُ، ويأخذُ بالشفعة، ويقبلُ الهبةَ والوصيةَ، والصدقةَ، ويصطادُ، ويحتطبُ، ويؤدبُ عبيدَه؛ إصلاحاً للمال، كما يقصدُهم^(١) ويختنهم.

وفي إقامته الحدودَ عليهم خلافٌ، سبقَ في «الحدود».

ولو أجزَّ نفسه، أو عبيدَه، أو أمواله، فعجزه السيدُ في المدة، انفسخَ العقدُ.

وقيل: لا يجوزُ أن تزيد مدة الإجارة على مدة النجوم.

ولا يصحُّ منه تصرفٌ فيه تبرُّعٌ، أو خَطَرٌ. هذا هو القولُ الجمليُّ فيه، وفي تفصيله صوَرٌ.

إحداها: لا يصحُّ إعاقته، ولا إبرأؤه عن دين، ولا هِبَتُهُ^(٢) مجاناً، ولا بشرطِ الثواب، لأنَّ في قَدْرِ [١٣٥٦ / ب] الثوابِ خلافاً^(٣)، فقد يحكمُ القاضي بقليل.

وإن شرطَ فيها ثواباً معلوماً، ولم يكن فيه غَبْنٌ وقلنا: هذه الهبةُ بيعٌ، ولا يشترطُ في ثبوتِ المِلْكِ الإقباض، فهي جارية على قياسِ البيوع، وكذا إن شَرَطْنَا الإقباضَ، صحَّتِ الهبةُ، لكن لا يسلمُها حتَّى يقبضَ العوضَ.

(١) في المطبوع: «يقصدُهم»، تصحيف. والفَصْدُ: هو شقُّ العرق، واستخراج مقدارٍ من دمٍ وريدٍ، بقصد التداوي.

(٢) في (ظ)، والمطبوع: «هبة»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٤).

(٣) في (أ): «أقوالاً».

الثانية: قال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: لا يَحِلُّ له التَّبَشُّطُ في الملابسِ، والمأكِل، ولا يَكْلَفُ فيها التَّقْتِيرَ المفرط^(١).

الثالثة: ليس له دفعُ المالِ إلى غيره قِراضاً، لأنه قد يَخُونُ، أو يَمُوتُ، فيضِيعُ، وله أَنْ يأخذه قِراضاً^(٢)؛ لأنه [نوع] اكتساب^(٣)، وليس له أَنْ يُقْرِضَ، وله أَنْ يُقْرِضَ، وليس له تعجيلُ دينٍ مؤجَّلٍ.

الرابعة: ليس له شراءُ أحدٍ من أصوله وفروعه؛ لتضمُّنِهِ العتَقَ. فلو وهبَ له قريبه، أو أوصي له به، فإن لم يَقْدِرْ على الكسْبِ؛ لهرمَ، أو زَمَانَةً، وعَجْزَ، وكان بحيثُ يلزمه نفقتهُ، لم يَجْزُ قَبُولُهُ.

وقيل: يجوزُ قبولُ الرِّمَنِ، وهو ضعيف.

وإن كان كَسُوباً يقومُ بكفايةِ نفسه، استحَبَّ قَبُولُهُ؛ إذ لا ضررَ فيه، ثم لا يَعْتَقُ عليه؛ لضعفِ ملكه؛ بل يَكَاتِبُ^(٤) عليه، فيعتَقُ بعته، ويرِقُّ برقه، وليس له بيعُهُ.

وعن ابنِ أبي هُرَيْرَةَ: أنه يجوزُ بيعُهُ. قال الشيخُ أبو عَلِيٍّ: هذا غَلَطٌ، وتكون نفقته في كَسْبِهِ، وما فَضَلَ، فللمكاتبِ أَنْ يستعينَ به في أداءِ النجومِ، فإن مرضَ أو عَجَزَ، أنفقَ المكاتبُ عليه، لأنه من صلاحِ ملكه، فإن جنى، يَبِيعُ في الجناية، وليس للمكاتبِ أَنْ يَفْدِيَهُ، بخلافِ ما إذا جنى عبده، له أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لأن الرقبةَ تبقى له يصرفُها في النجومِ.

الخامسة: ليس له الشراءُ بالمُحَابَاةِ، ولا البيعُ بالغَيْنِ، ولا بالنسيئةِ. ولو استوثقَ برهنٍ وكفيلٍ، فلو باعَ ما يساوي مئةَ بمئةٍ نقداً، أو مئةَ نسيئةً، جاز.

ولو اشترى نسيئةً بثمنٍ النقدِ، جازَ، ولا يرهَنُ به؛ لأنه قد يتلفُ الرهنُ، وإن اشتراه بثمنٍ نسيئةً، لم يَجْزُ، ذكره البغويُّ؛ لما فيه من التَّبَرُّعِ، وذكر^(٥) الرُّوْيَانِيُّ في « جَمْعِ الجوامع »: أنه يجوزُ؛ إذ لا غَبْنٌ. وقد سبقَ في « كتاب الرهن » حكايةُ

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٤٤).

(٢) في المطبوع: « إقراضاً »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٥).

(٣) في المطبوع: « أكساب ».

(٤) في (ظ، أ): « يتكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٢٥).

(٥) في المطبوع: « وذكره ».

وجه: أن المكاتبَ كوليَّ الطفل في البيع نسيئةً، والرهن والارتهان، والصحيح الذي عليه الجمهورُ الفرقُ.

السادسة: إذا باع، أو اشترى، لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض؛ لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوعٌ غرر، وكذا ليس له السلم؛ لأنه يقتضي تسليم رأس المال في المجلس، وانتظار المسلم فيه، لا سيما إن كان سلماً مؤجلاً. وقيل: يجوز السلم حالاً، ويسلم رأس المال، ثم يتسلم المسلم فيه في المجلس.

وقيل: يجوز مطلقاً بشرط الغبطة، والصحيح: الأول.

السابعة: ليس له أن يكاتب عبده، فلو كاتبه، فأدّى المال، لم يعتق؛ لأن تعليقه غير صحيح.

ولا يتزوج، ولا يزوج عبده؛ لما فيه من المؤن.

ولا يتزوج المكاتب؛ لأن ذلك ينقصها.

وله شراء الجواري للتجارة.

ولا يجوز له التسري؛ خوفاً من هلاك الجارية في الطلق، ولضعف الملك.

وقال الشيخ أبو محمد: لا يبعد إجراء الوجهين في وطء من يؤمن حبلاًها، كما في المرهونة.

قال الإمام: هذا غير مرضي^(١).

الثامنة: إذا لزم المكاتب [١٣٥٧ / ١] كفارة قتل، أو ظهار، أو وطء^(٢) في نهار رمضان، أو يمين، كفر بالصوم، دون المال؛ لأن ملكه ليس بتمام^(٣)، وهو مستحق لجهة الكتابة.

فزع: جميع ما منعناه في هذه الصور، مفروض فيما إذا لم يأذن له السيد، فإن أذن فسندكره عقبيه، إن شاء الله تعالى.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٤١).

(٢) في المطبوع: «أو وطئ».

(٣) في (ظ)، والمطبوع: «بتمام»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٧).

فَرَعُ: وصِيَّةُ المَكَاتِبِ باطلة، سواء أوصى بَعَيْنٍ، أو ثُلُثَ ماله؛ لَأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍ^(١).

فَصْلٌ: تبرُّعاتُ المَكَاتِبِ وتصرفاته المَخْطَرَةُ^(٢)، كالهبة، والإبراء، والإنفاقِ على الأقارب، والإقراضِ، والقراضِ والبيعِ بِمُحَابَاةٍ، وبِنِسِيئةٍ، وتَعَجِيلِ المؤجَّلِ، ونحوها، إِنْ جَرَتْ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، فَمَنْقُولُ الْمُزْنِيِّ، والمنصوصُ في « الأم »: صَحَّتْهَا. ونقلَ الرَّبِيعُ^(٣) قولاً آخرَ بالَمَنْعِ، ونَصَّ أَنَّ اختِلاعَ المَكَاتِبَةِ^(٤) بِالْإِذْنِ لَا يَجُوزُ، فقال الجمهورُ: في الجميع قولان.

أظهرهما: الصَّحَّةُ.

وقيل: يَصِحُّ ما سوى الخُلْعِ قطعاً، ولا يَصِحُّ هو.

وعن ابن سَلَمَةَ: القِطْعُ بِصَحَّةِ الخُلْعِ أيضاً.

ولو وهبَ للسَّيِّدِ أو لابنه الصَّغِيرِ، فَقِيلَ له السَّيِّدُ، أو أَقْرَضَهُ، أو باعَهُ نَسِيئَةً، أو بِمُحَابَاةٍ، أو عَجَّلَ لَهُ دَيْنًا مُؤَجَّلًا غيرَ النجومِ، فالْمَذْهَبُ أَنَّهُ عَلَى الخِلافِ فيما إذا وهبَ لغيره بِإِذْنِهِ.

وقيل: يَصِحُّ قطعاً، واختاره الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ؛ لَأَنَّ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُعَجَّزَ نَفْسَهُ، فيجعلَ جميعَ ما في يَدِهِ لِسَيِّدِهِ، فْجَوَّازُ الهِبَةِ أَوْلَى.

ولو وهبَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، فَرَجَعَ عَنِ الإِذْنِ قَبْلَ إِقْبَاضِ المَوْهوبِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِقْبَاضُهُ.

ولو اشترى قَرِيبَهُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، ففي صَحَّتِهِ القَوْلانِ فِي الهِبَةِ؛ فَإِنْ صَحَّحْنَاهُ، يَكْتَابُ عَلَيْهِ.

(١) في المطبوع: « تمام ».

(٢) في المطبوع: « المحظرة ».

(٣) هو الربيع بن سليمان المرادي، وهو المراد حيث أطلق في كتب المذهب. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٦ - ٤٥٧).

(٤) في (ظ)، والمطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٤٨).

وعن أبي إسحاق^(١): القطع بالصحة؛ لأنه قد يستفيد من أكسابه، وفيه صلة الرحم.

ولو أعتق المكاتب عبده عن سيده، أو عن غيره بإذنه، فهو كتبرعه بالإذن.
ولو أعتقه^(٢) عن نفسه بإذن السيد، لا يصح على المذهب؛ لتضمنه الولاء،
والمكاتب ليس أهلاً لثبوت الولاء [له]، كالفن؛ فإن صححناه، فلن يكون ولائاً
العتيق؟ قولان.

أحدهما: للسيد؛ لأن المكاتب ليس أهلاً للولاء، ووقف الولاء بعيداً.
وأظهرهما: يوقف؛ لأن الولاء لمن أعتق، والسيد لم يعتق، فإن عتق
المكاتب، كان له، وإن مات رقيقاً، كان لسيده.
وإن عجزه، ورق، فحكى الإمام^(٣): أنه يبقى التوقف؛ لأنه يرجى عتقه من
جهة أخرى.

والصحيح الذي قطع به الأصحاب أن يكون للسيد بلا توقف؛ لانقطاع الكتابة.
فإن جعلنا الولاء للسيد، فعتق المكاتب بعد ذلك، ففي انجرار الولاء إليه
وجهان، حكاها أبو علي الطبري، وصاحب «التقريب»^(٤).
أصحهما: المنع، وكأن السيد أعتقه.

وإن قلنا بالتوقف، فمات العتيق قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق، فهل
يوقف الميراث أيضاً، أم يكون للسيد، أم لبيت المال؟ أقوال.
أظهرها: الأول.

ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد، فهو كتنجيز العتق، نص عليه في
«المختصر»، وقاله الأصحاب، فيعود الطريقان في صحة الكتابة، والقولان في

(١) هو أبو إسحاق المروزي، وهو المراد حيث أطلق في كتب المذهب. انظر: (تهذيب الأسماء
واللغات: ٢ / ٣٧٥ - ٣٧٦).

(٢) في المطبوع: «أعتق».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٤٥).

(٤) صاحب التقريب: هو أبو الحسن، القاسم بن القفال الشاشي الكبير.

الولاء؛ تفرعاً على الصَّحَّة إذا عتقَ المكاتبَ الثاني قبلَ الأول، وإن عتقَ الأول، ثم الثاني، فولاءُ الثاني للأول.

وفي نكاحِ المكاتبِ بإذنِ سيِّده^(١) طريقان.

أحدهما: قولان، كتبَرُّه؛ لأنه يبذلُ المهرَ والنفقةَ لا في مقابلةِ مالٍ.

والثاني [١٣٥٧ / ب] وهو المذهبُ عند الجمهور: القطعُ بالصَّحَّة؛ لأنه إذا صحَّ نكاحُ القنِّ بالإذن، فالمكاتبُ أولى؛ لأنه أحسنُّ حالاً منه، ولأنه يحتاجُ إليه؛ للتحصينِ وغيره، بخلافِ الهبة، ونحوها.

وتزويجُ المكاتبَةِ بإذنِها صحيحٌ على الصحيح.

وقال القفالُ: لا تزوّجُ أصلاً؛ لضعفِ ملكِ السيدِ ونقصِها، فلا يؤثِّرُ إذنُها.

ولو أذنَ السيدُ للمكاتبِ في التسريِّ بجارية، لم يصحَّ على المذهب.

ولو أذنَ له في التكفيرِ بالإطعام، أو بالكُسوة، فقولان.

ولو أذنَ في التكفيرِ بالإعتاق، لم يُجْزِئهُ على المذهبِ.

فَرُغَ: اشترى المكاتبُ مَنْ يَعْتِقُ على سيده، أو أوصي له به، فَقِيلَ، صَحَّ، وَمَلَكَه المكاتبُ. فَإِنْ رَقَّ المكاتبُ، صارَ القريبُ للسيدِ، وعتقَ عليه.

ولو اشترى بعضَه، أو اتَّهَبَه، أو قَبَلَ الوصيةَ به، صَحَّ أيضاً.

وإذا رَقَّ، عتقَ ذلك الشَّقْصُ على السيدِ. وهل يَسْرِي إلى الباقي؟ إن كان السيدُ

موسراً، ينظرُ:

إِنْ عَجَزَ المكاتبُ نفسه بغيرِ اختيارِ السيدِ، لم يَسْرِ، كما لو ورثَ بعضَ قريبه.

وإن عَجَزَ السيدُ، فوجهان؛ لأن المقصودَ فسْخُ الكتابة، والملكُ يحصلُ قَهراً.

ولو اتَّهَبَ [العبدُ] القنَّ مَنْ يَعْتِقُ على سيده بغيرِ إذنه^(٢)، بُئِيَ على أنَّ اتَّهَابَهُ

بغيرِ إذنِ السيدِ، هل ينفذُ؟ وفيه خلافٌ سبق؛ إن قلنا: لا، فلا كلامَ.

(١) في المطبوع: « السيد ».

(٢) في المطبوع: « إذن ».

وإن قلنا: نَعَمْ، وهو الصحيح، فإن خِيفَ وجوبُ النفقةِ على السيدِ في الحالِ؛ بأن^(١) انتهبَ زَمَنًا، والسيدُ موسرٌ، لم يصحَّ قبولُهُ؛ لأنَّ فيه إضراراً بالسيدِ.

وإن لم تَجِبِ النفقةُ في الحالِ؛ لكونِ القريبِ كسُوبًا، أو السيدِ فقيرًا، صحَّ القَبُولُ، وعَتَقَ الموهوبُ على السيدِ.

ولو انتهبَ بعض مَنْ يَعتَقُ على السيدِ بغيرِ إذنه، وصَحَّحنا انتهابَهُ بغيرِ إذنه، ولم يتعلَّقَ به لزومُ النفقةِ، صحَّ القبولُ على الأظهر، ولا يسري؛ لحصولِ الملكِ قَهْرًا.

والثاني: لا يصحُّ.

قال الشيخ أبو علي^(٢): وخرَّجَ ابنُ سُرَيْجٍ على هذين القولين، ما إذا اشترى المريضُ أباه بالْفِ، لا يملكُ غيره، وعليه دينٌ مستغرق، ففي قولٍ: لا يصحُّ الشراءُ؛ لأنه لو صحَّ، لعتق، وبطلَ حقُّ الغُرماءِ.

وفي الثاني: يصحُّ، ولا يعتقُ، ويباعُ في ديونهم.

وفي «الوسيط» وجه: أنه^(٣) يصحُّ، ويعتقُ، ويسري، ويجعلُ اختيار العبدِ اختياره، كما جعلَ قبوله كقبوله. ولم أجِدْ لهذا الوجه في «النهاية»^(٤).

وإذا صحَّحنا انتهابَ القِنَّ بغيرِ إذنِ سيده، دخلَ الموهوبُ في ملكِ السيدِ قَهْرًا، كما لو احتطبَ. وهل للسيدِ ردُّه بعد قبولِ العبدِ^(٥)؟ وجهان.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنَّ^(٦) تملكِ الرَّشِيدِ قَهْرًا، بعيدٌ.

وأصحُّهما: المنعُ، كالمَلِكِ بالاحتطابِ، فعلى الأولِ: هل ينقطعُ ملكُهُ من وقتِ الردِّ، أم يَتَبَيَّنُ أنه لم يدخلْ في ملكِهِ؟ وجهان، وفائدتهما: لو كان الموهوبُ عبدًا، ووقعَ هلالُ شَوَّالٍ بين قبولِ العبدِ وردِّ السيدِ في الفِطْرَةِ.

(١) في (ظ)، والمطبوع: «فإن»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٢).

(٢) هو الشيخ أبو علي السَّنْجِي، الحُسَيْن بن شُعَيْب.

(٣) في المطبوع: «أن».

(٤) وهذا عجيب فإنه قد جزم به في كتاب العتق (حاشية فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٣).

(٥) في المطبوع: «السيد»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٣).

(٦) في (ظ): «لأنه».

فَرَعُ: وهَبَ للمكاتب^(١) بعض ابنه، فَقِيلَ، وصَحَّحنا قَبُولَهُ، فَعَتَقَ المكاتبُ، عَتَقَ [عليه] ذَلِكَ الشَّقْصُ. وهل يَقُومُ الباقي عليه إِنْ كَانَ مُوسِرًا؟ وجهان.

أَصْحُهُمَا: نَعَمْ، قَالَهُ ابْنُ الْحَدَّادِ، وَصَحَّحَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وَمَنْعَهُ الْقَفَّالُ.

فَرَعُ: اشْتَرَى الْمَكَاتِبُ ابْنَ سَيِّدِهِ، ثُمَّ بَاعَهُ بِأَبِي السَّيِّدِ، صَحَّ، وَمَلَكَ الْأَبُ، فَإِنْ رَقَّ الْمَكَاتِبُ، صَارَ الْأَبُ مِلْكًا لِلْسَّيِّدِ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ، فَإِنْ وَجَدَ بِهِ عِيَابًا، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ، وَلَهُ الْأَرْشُ، وَهُوَ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، فَإِنْ نَقَصَ الْعَيْبُ^(٢) [١٣٥٨ / أ] عُشْرَ قِيَمَةِ الْأَبِ، رَجَعَ بَعُشْرُ الْإِبْنِ الَّذِي هُوَ الثَّمَنُ، وَيَعْتَقُ ذَلِكَ الْعُشْرَ، وَلَا يَقُومُ الْبَاقِي عَلَى السَّيِّدِ إِنْ كَانَ الْمَكَاتِبُ عَجَزَ نَفْسَهُ، وَكَذَا إِنْ عَجَزَهُ سَيِّدُهُ عَلَى الْأَصَحِّ.

فَرَعُ: ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْمَكَاتِبِ وَطْءُ أَمَتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا بِإِذْنِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ. فَلَوْ وَطِئَ، فَلَا حَدَّ، وَلَا مَهْرَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ مَهْرٌ، لَكَانَ لَهُ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا، فَالْوَلَدُ نَسِيبٌ، فَإِنْ وَلَدَتْهُ وَهُوَ مَكَاتِبٌ بَعْدُ، فَهُوَ مِلْكُهُ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُ أَمَتِهِ، لَكِنْ لَا يَمْلِكُ بَيْعَهُ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ، وَلَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ؛ لَضَعْفِ مِلْكِهِ؛ بَلْ يَتَوَقَّفُ عَتَقُهُ عَلَى عَتَقِ الْمَكَاتِبِ، إِنْ عَتَقَ، عَتَقَ، وَإِلَّا، رَقَّ، وَصَارَ لِلْسَّيِّدِ، وَلَا تَصِيرُ الْأُمَةُ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ فِي الْحَالِ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهُا عَلِقَتْ بِمَمْلُوكٍ، فَأُشْبِهَتْ الْأُمَةُ الْمَنْكُوحَةَ.

وَحَقُّ الْحَرِّيَّةِ لِلْوَلَدِ لَمْ يَثْبُتْ بِالْإِسْتِيلَادِ فِي الْمِلْكِ؛ بَلْ لِمَصِيرِهِ مِلْكًا لِأَبِيهِ، كَمَا لَوْ مَلَكَهُ بِهَبَةٍ، فَإِنْ عَتَقَ، فَفِي مَصِيرِهَا أُمٌّ وَلَدٍ قَوْلَانِ.

فَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ الْإِسْتِيلَادُ فِي الْحَالِ، فَإِنْ عَتَقَ الْمَكَاتِبُ، اسْتَقَرَّ الْإِسْتِيلَادُ، وَإِنْ عَجَزَ، رَقَّتْ مَعَ الْوَلَدِ لِلْسَّيِّدِ، فَإِنْ عَتَقَ الْمَكَاتِبَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَمَلَكَهَا، لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً [لَهُ]؛ لِأَنَّهُ بِالْعَجْزِ تَبَيَّنَ أَنَّهَا عَلِقَتْ بِرَقِيقٍ، وَأَنَّهُ^(٣) لَا إِسْتِيلَادَ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَثْبُتُ، فَإِنْ عَجَزَ، ثُمَّ عَتَقَ، وَمَلَكَهَا، لَمْ تَصِرْ مُسْتَوْلَدَةً لَهُ، وَإِنْ عَتَقَ^(٤) بِأَدَاءِ النُّجُومِ، فَكَذَلِكَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

(١) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: « الْمَكَاتِبُ ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: « الْعَيْنِ »، تَحْرِيفٌ.

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: « وَأَنَّ ».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: « أَعْتَقَ ».

وقال أبو إسحاق: قولان، كما لو استولد مرهونته، وبيعت، ثم ملكها، والفرق: أَنَّ العُلوقَ هنا بمَمْلوكٍ.

هَذَا كُلُّهُ إِذَا وَلَدَتْ وَهُوَ بَعْدَ مَكَاتِبٍ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عَتَقِهِ، فَإِنْ كَانَ لَدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ الْعَتَقِ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ؛ لِأَنَّ الْعُلُوقَ وَقَعَ فِي الرَّقِّ، وَإِنْ كَانَ لِسِتَّةِ [أشهر] ^(١) فَأَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ، فَقَدْ أَطْلَقَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهَا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً. وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَانِ.

أَصْحُهُمَا: أَنَّ هَذَا إِذَا وَطِئَ بَعْدَ الْحَرِيَّةِ، وَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ حِينَ الْوُطْءِ، لظهور العُلوقِ بَعْدَ الْحَرِيَّةِ وَالْوُلْدُ وَالْحَالَةُ هَذِهِ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ إِلَّا بِالْوِلَاءِ عَلَى أَبِيهِ، وَلَا يَنْظَرُ إِلَى احْتِمَالِ الْعُلُوقِ فِي الرَّقِّ؛ تَغْلِيْبًا لِلْحَرِيَّةِ. فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَطَّأْهَا بَعْدَ الْحَرِيَّةِ، فَالِاسْتِيلَادُ عَلَى الْخِلَافِ.

وَالثَّانِي: يَثْبُتُ الْاسْتِيلَادُ؛ وَطِئَ بَعْدَ الْحَرِيَّةِ أَمْ لَا؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ فِرَاشًا قَبْلَ الْحَرِيَّةِ، وَالْفِرَاشُ مُسْتَدَامٌ بَعْدَهَا، وَإِمَّا كَانَ الْعُلُوقُ بَعْدَهَا قَائِمًا، فَيَكْتَفَى بِهِ.

الْحُكْمُ الرَّابِعُ: فِي وَلَدِ الْمَكَاتِبَةِ:

فَإِذَا كَاتَبَ أُمَةً لَهَا وَلَدٌ، فَالْوُلْدُ بَاقٍ عَلَى مَلِكِ السَّيِّدِ، فَإِنْ شَرَطَا ^(٢) دَخُولَهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ، فَسَدَتْ، فَإِنْ أَدَّتْ، عَتَقَ الْوُلْدُ أَيْضًا بِمَوْجِبِ التَّعْلِيْقِ. وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهَا مَالٌ، وَشَرَطَا ^(٣) أَنْ يَكُونَ الْمَالُ لَهَا، فَهُوَ جَمْعٌ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالْكِتَابَةِ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ.

وَإِنْ كَاتَبَ ^(٤) حَامِلًا، وَتَيَقَّنَا الْحَمْلَ بِانْفِصَالِهِ لَدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ فَإِنْ قَلْنَا: الْحَمْلُ لَا يَعْرِفُ، فَهُوَ كَالْوُلْدِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ، وَسَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى قَرِيبًا. وَإِنْ ^(٥) قَلْنَا: يَعْرِفُ، فَوَجْهَانِ.

(١) ما بين حاصرتين من المطبوع.

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « شرط »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٦).

(٣) في المطبوع: « وشرط ».

(٤) في المطبوع: « كانت ».

(٥) في المطبوع: « فإن ».

أصْحُهُمَا: أَنَّ عَقْدَ الْكِتَابَةِ مُتَوَجِّهٌ^(١) إِلَيْهِمَا، فَإِذَا عَتَقْتُ، عَتَقَ.

وَالثَّانِي: لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ كِتَابَةٌ.

وَأِنْ حَدَّثَ الْوَلَدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ كَانَ مِنَ السَّيِّدِ، فَسَيَأْتِي حَكْمُهُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَأِنْ كَانَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ بَزْنًا، أَوْ نِكَاحٍ، فَهَلْ ثَبُتَ^(٢) لَهُ الْكِتَابَةُ؟ قَوْلَانِ.

أَظْهَرُهُمَا وَأَحْبُّهُمَا إِلَى الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَهُوَ نَصُّهُ فِي «الْمَخْتَصَرِ»: ثَبُتَ، فَيَعْتَقُ بَعْتِقُ الْأُمِّ [١٣٥٨ / ب] بِالْأَدَاءِ، أَوِ الْإِبْرَاءِ، أَوِ الْإِعْتَاقِ.

وَقَطَعَ أَبُو إِسْحَاقَ بِهَذَا الْقَوْلِ، وَقَالَ: إِذَا اخْتَارَهُ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ الْآخَرُ سَاقِطًا.

وَاتَّفَقَ الْأَصْحَابُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْكِتَابَةِ، وَلَا يَطَالِبُهُ بِشَيْءٍ مِنَ النُّجُومِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ التَّرَامُ.

وَلَوْ عَجَزَتِ الْمَكَاتِبَةُ، أَوْ مَاتَتْ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ، وَكَانَ الْوَلَدُ رَقِيقًا لِلْسَّيِّدِ بِلَا خِلَافٍ.

وَلَوْ فَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، ثُمَّ عَتَقْتُ، لَمْ يَعْتَقِ الْوَلَدُ قِطْعًا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَعْتَقُ بَعْتِقَهَا؛ لِهَجْهَةِ^(٣) الْكِتَابَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَثْبُتُ لِلْوَلَدِ^(٤) حَكْمُ الْكِتَابَةِ، فَهُوَ قَوْلٌ، لِلْسَّيِّدِ بَيْعُهُ، وَإِعْتَاقُهُ عَنِ الْكُفَّارَةِ، وَالْوُطْءُ إِنْ كَانَ الْوَلَدُ أُمَةً، وَلَا يَعْتَقُ بَعْتِقُ الْأُمِّ.

وَأِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ، فَحَقُّ الْمَلِكِ فِيهِ لِمَنْ هُوَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

أَظْهَرُهُمَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ لِلْسَّيِّدِ، كَمَا أَنَّ حَقَّ الْمَلِكِ فِي الْأُمِّ لَهُ، وَكَوَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لِلْمَكَاتِبَةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهَا، وَلَئِنْ كَانَ لِلْسَّيِّدِ لَمَّا عَتَقَ بَعْتِقَهَا. وَيَتَفَرَّغُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ صَوْرٌ.

(١) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «مُتَوَجِّهٌ».

(٢) فِي الْمَطْبُوعِ: «ثَبُتَ».

(٣) فِي (أ): «بِهَجْهَةٍ»، وَفِي الْمَطْبُوعِ: «الْهَجْهَةُ».

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: «الْوَلَدُ».

منها: إذا قُتِلَ الولدُ، فعلى القولِ الأولِ: القيمةُ للسيد، وعلى الثاني: للمكاتبة^(١).

وقيل: للسيد أيضاً.

ومنها: كَسْبُ الولدِ، وأرْشُ الجِناية على أطرافه، ومَهْرُ وطءِ الشُّبهة؛ إن قلنا بالقول الثاني: فهي للأُمّ تستعين^(٢) بها في كتابتها، ويصرف ما يحصل إليها يوماً يوماً بلا توقُّفٍ.

وإن قلنا بالأول، فوجهان.

أحدهما: يصرف إلى السيد بلا توقُّفٍ، كما تصرف إليه القيمة.

والصحيح: التوقُّفُ؛ فإنَّ عَتَقْتَ، وَعَتَقَ الولدُ، فهي له، وإلا، فللسيد. فلو أَرَقَّتْ نفسها مع القدرة على أداء النجوم، فقال الولدُ: أنا أؤدي نجومها من كسبي لتعتق، فأعتق.

قال الإمام^(٣): لا يَمَكَّنُ منه؛ لأنه تابعٌ، لا اختيار له في العتق.

وإن عجزت، فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف، وتستعين به في أداء النجوم، فهل تجاب؟ قولان.

أظهرهما: المنع؛ إذ لا حق لها في كسبه، فإن مات الولد في مدة التوقُّف، صرف الموقوف إلى السيد.

ومنها: نفقة الولد، وهي على السيد، إن قلنا: يصرف الكسب إليه في الحال.

وإن قلنا: يوقف، أنفق عليه من كسبه، ويعالج جرحه، ويكفي مؤناته، فما فُضِّلَ فهو الذي يوقف، فإن لم يكن له كسب، أو لم يف بالنفقة، فالنفقة على السيد على الأصح؛ لأن المِلْكَ له.

وقيل: في بيت المال؛ لأن تكليفه النفقة بلا كسب إجحاف به.

(١) في المطبوع: «للمكاتب»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٥٨).

(٢) في المطبوع: «يستعين».

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٢٢).

وإن قلنا: الكسب للأُم، فالنفقة عليها.

ومنها: لو أعتق السيد الولد، فإن قلنا: الملك له، وإن الكسب يصرف إليه في الحال، أو قلنا: يوقف ومنعناها من أخذه؛ لأداء النجوم، نفذ إعتاقه.

وإن جوزنا لها الاستعانة بالموقوف، لم ينفذ إعتاقه على الأصح؛ لئلا ينقطع حقها من كسبه. وإن قلنا: الملك لها، لم ينفذ إعتاقه.

فرع: لو رُق [الولد] برق الأُم، فكسبه للسيد، سواء قلنا: الملك فيه للسيد، أم للأُم.

فرع: ولد المكاتب من جاريته، حق الملك فيه للمكاتب قطعاً، فيصرف كسبه إليه، ولا ينفذ إعتاق السيد فيه، ونفقته على المكاتب؛ لأنه ولد أُمته، وهي ملكه.

ولو ولدت أُمته من نكاح، أو زناً، فهم عبده كسائر أكسابه، فكذا هذا الولد، إلا أنه لا يتبعه؛ بل يتكاتب عليه بالقرابة، فيعتق بعتقه، ويرق برقه.

وإذا عتق المكاتب، وتبعه هذا الولد، وله كسب، فكسبه للمكاتب، لا للولد.

ولو جنى هذا الولد، وتعلق الأرض [١٣٥٩ / ١] برقبته، فقد حكى الإمام^(١) عن العراقيين: أنه إن كان له كسب، فله^(٢) أن يفديه من كسبه، وإلا، فله أن يبيعه كله - وإن زاد على قدر الأرض - ثم يصرف قدر الأرض إلى المجني عليه، ويأخذ الباقي.

ثم غلط الإمام من صار إليه، وقال: الصحيح أنه لا يفدي ولده؛ لأن كسب الولد كسائر أموال المكاتب، والفداء كالشراء، وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى غرض ولده الذي لا يملك التصرف فيه؛ لأنه تبرع.

قال: والصحيح أنه إن باع، لا يبيع إلا قدر الأرض، كما لا يباع من المرهون - إذا جنى - إلا قدر الأرض.

وإذا فداه، لا ينفذ تصرفه فيه؛ بل يتكاتب عليه، كما لا ينفذ إذا اشتراه.

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٢٥ - ٤٢٦).

(٢) الضمير يعود على الأب المكاتب (حاشية نهاية المطلب: ١٩ / ٤٢٥).

وولد المكاتبه من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته .

فرع: اختلف السيد والمكاتبه^(١) في ولدها، وقال: ولدته قبل الكتابة، فهو رقيق، وقالت: بعدها، وقد تكاتب؛ تفريعا على الأظهر، وكل واحد من الأمرين محتمل؛ فإن كان بيته، قضي بها .

قال البغوي^(٢): ولو أقام السيد أربع نسوة، قبلن؛ لأنها شهادة على الولادة، ويثبت الملك ضمنا .

وإن أقاما بيتتين، تعارضتا .

وإن لم يكن بيته، صدق السيد بيمينه؛ لأنه اختلاف في وقت الكتابة، فصدق فيه، كأصلها .

فرع: زوج عبده بأمته، ثم كاتبه، ثم باعها له، وولدت، فقال السيد: ولدت قبل الكتابة، فهو قن لي . وقال المكاتب: بعد الشراء، وقد تكاتب، صدق المكاتب بيمينه، بخلاف ما سبق في الفرع قبله؛ لأن المكاتب هنا يدعي ملك الولد، كما سبق أن ولد أمته ملكه، ويده مفرقة على هذا الولد، وهي تدل على الملك والمكاتبه هناك لا تدعي الملك؛ بل تدعي ثبوت حكم الكتابة فيه .

فرع: حكى الصيدلاني: أن الشافعي رحمه الله قال: لو أتت المكاتبه بولدين، أحدهما: قبل الكتابة، والآخر: بعدها، فهما للسيد؛ لأنه حمل واحد، وكذا لو أتت بأحدهما لدون ستة أشهر من حين ملكها، وبالأخر لأكثر، فهما للسيد، وأن أبا زيد^(٣) أفتى بذلك، والصحيح أن كلام الشافعي مؤول، وأن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان، حتى لو وضعت ولدا، وفي بطنها آخر، فباعها، فالولد الثاني مبيع معها، والأول للبايع، وهذا ما ذكره البغوي^(٤) .

فصل: السيد ممنوع من وطء المكاتبه؛ لاختلال ملكه، فإن شرط في الكتابة أن

(١) في (ظ)، والمطبوع: « المكاتب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٠) .

(٢) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٤٨) .

(٣) هو الشيخ أبو زيد المروزي، محمد بن أحمد . سلفت ترجمته .

(٤) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٤٨) .

يطأها، فَسَدَ الْعَقْدُ، فَإِنْ وَطِئَ، فَلَا حَدَّ - وَإِنْ عَلِمَ التَّحْرِيمَ - لِلشُّبْهَةِ.

وفي قول: يُحَدِّدُ الْعَالِمُ، والمشهورُ: الأولُ؛ لكن يعزُّرُ على الصحيح، هو وهي.

ويجبُ المهرُ مع العلم والجهل.

وقيل: إِنْ طَاوَعْتُهُ، فَلَا مَهْرَ، والصحيحُ: الأولُ، وهو نُصِّهَ فِي « الْأَم ».

وَإِذَا وَجِبَ الْمَهْرُ، فَلَهَا أَخْذُهُ فِي الْحَالِ، فَإِنْ حَلَّ عَلَيْهَا نَجْمٌ، وَهَمَا مِنْ جَنْسٍ، فَعَلَى أَقْوَالِ التَّقَاصُّ.

وَإِنْ عَجَزَتْ قَبْلَ أَخْذِهِ، سَقَطَ.

وَإِنْ عَتَقَتْ بِالْأَدَاءِ، فَلَهَا الْمَطَالِبَةُ.

وَلَوْ أَوْلَدَهَا، فَالْوَلَدُ حُرٌّ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ فِي مِلْكَه، وَتَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً. وَهَلْ يَلْزِمُهُ قِيمَةُ الْوَلَدِ؟ إِنْ قُلْنَا: وَلَدُ الْمَكَاتِبَةِ قَيْنٌ لِلسَّيِّدِ، أَوْ قُلْنَا: يَتَكَاتَبُ، وَحَقُّ الْمَلِكِ فِيهِ لِلسَّيِّدِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ قَتَلَ وَلَدَ الْمَكَاتِبَةِ.

وَإِنْ قُلْنَا: الْحَقُّ لَهَا، لَزِمَهُ لَهَا الْقِيَمَةُ، فَإِنْ عَجَزَتْ قَبْلَ الْأَخْذِ، سَقَطَتْ، وَإِنْ عَتَقَتْ، أَخَذَتْهَا، وَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ عَجَزَتِ، وَرَقَّتْ، فَلَا شَيْءَ لَهَا [١٣٥٩ / ب]، وَكَذَا لَوْ وَلَدَتْ بَعْدَ مَا عَتَقَتْ، فَإِنْ عَجَزَتْ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ، عَتَقَتْ بِالْإِسْتِيلَادِ، وَالْأَوْلَادُ الْحَادِثُونَ بَعْدَ الْإِسْتِيلَادِ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زَنَى، يَتَّبِعُونَهَا، وَالْحَاصِلُونَ قَبْلَهُ ^(١)، أَرْقَاءُ لِلسَّيِّدِ.

وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ عَجَزِهَا، عَتَقَتْ. قَالَ الْبَغَوِيُّ ^(٢): وَيَتَّبِعُهَا كَسَبِهَا. وَهَلْ يَعْتَقُّ عَنِ الْكِتَابَةِ، أَمْ عَنِ الْإِسْتِيلَادِ؟ وَجِهَانِ.

أَصْحُهُمَا: الْأَوَّلُ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْمَكَاتِبَ، أَوْ أَبْرَاهُ عَنِ النُّجُومِ، فَعَلَى هَذَا: الْأَوْلَادُ الْحَادِثُونَ بَعْدَ الْكِتَابَةِ وَقَبْلَ الْإِسْتِيلَادِ، هَلْ يَتَّبِعُونَهَا؟ فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « قَبْلَهَا ».

(٢) انْظُرْ: (التَّهْذِيبُ: ٨ / ٤٤٣).

وأجرى هذا الخلاف فيما لو علّق عتق المكاتب بصفة، فوجدت قبل أداء النجوم، وفيما إذا تقدم الاستيلاء على الكتابة.

قال البغوي^(١): وإذا استولد، ثم كاتب، وأدت النجوم، فالكسب الحاصل بعد الكتابة يتبعها، والحاصل قبلها للسيد، والأولاد الحاصلون بعد الاستيلاء يتبعونها، وهذا مبني على صحة كتابة المستولدة، وقد سبق فيه خلاف.

فَرَعُ: ليس للسيد وطء أمة مكاتبه، أو مكاتبته، فإن وطئ، فلا حد؛ للشبهة؛ لأنه يملك سيدها، ويلزمه المهر للمكاتب.

وإن أولدها، فالولد حر نسب، وتصير الأمة مستولدة له. قال في «الشامل»^(٢): ويلزمه^(٣) قيمتها لسيدها؛ لأنها ملكه، ولا يلزمه قيمة الولد؛ لأنها وضعت في ملكه، ويجيء فيه الخلاف السابق.

وللسيد وطء بنت المكاتب إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتب؛ فإن أثبتناه، فليس له وطؤها، ولكن لا حد عليه.

وأما المهر، فيبنى على الخلاف في الكسب؛ إن قلنا: يصرف إلى السيد في الحال، فلا مهر عليه.

وإن قلنا: هو للأُم، فكذا المهر.

وإن قلنا بالتوقف، أنفق منه عليها، ووقف الباقي، فإن عتقت بعق الأم، فهو لها، وإن عجزت، فهو للسيد.

وإن أولدها، صارت مستولدة، والولد حر نسب، ولا يلزمه قيمة المستولدة لأُمها؛ لأنها لا تملكها، وإنما يثبت لها حق العتق بعقها، وقد تأكد ذلك بالاستيلاء، هكذا ذكره ابن الصباغ، وقد سبق في قتلها قولان، في أنه هل تجب القيمة للأم؟ فينبغي أن يكون كذلك.

قال البغوي: ويبقى حق الكتابة فيها، فتعتق بعق الأم، ويكون الكسب لها إذا

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٤٣).

(٢) الشامل: لابن الصباغ، عبد السيد بن محمد.

(٣) في المطبوع: «يلزمه» بدون «الواو».

جَعَلْنَا الْحَقَّ فِيهَا لِلْأُمِّ، فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ، عَتَقَتِ الْبَنْتُ بِمَوْتِهِ، وَتَوَخَّذُ الْقِيَمَةُ مِنْ تَرْكِتِهِ لِلْأُمِّ إِذَا جَعَلْنَا الْحَقَّ لَهَا، كَمَا فِي الْقَتْلِ. وَأَمَّا قِيَمَةُ الْوَلَدِ، فَعَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي وَلَدِ الْمَكَاتِبِ.

فَرْعُ: الْأُمَّةُ الْمَشْتَرَكَةُ إِذَا كَاتَبَهَا مَالُكَاهَا مَعًا، ثُمَّ وَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا، فَحُكْمُ الْحَدِّ، وَالتَّعْزِيرِ، وَلِزَوْمِ الْمَهْرِ عَلَى الْوَاطِئِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَالِكِ الْوَاحِدِ.

ثُمَّ إِنْ لَمْ يَحِلَّ النِّجْمُ، فَلَهَا الْمَهْرُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ حَلَّ، فَإِنْ كَانَ مَعَهَا مِثْلُ الْمَهْرِ، دَفَعَتْهُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطَأْ. وَفِي الْمَهْرِ وَنَصِيبِ الْوَاطِئِ مِنَ النِّجْمِ الَّذِي حَلَّ، الْخِلَافُ فِي التَّقَاصُّ.

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا شَيْءٌ آخَرُ، فَنِصْفُ النِّجْمِ الَّذِي لِلوَاطِئِ مَعَ الْمَهْرِ عَلَى الْخِلَافِ فِي التَّقَاصُّ، وَالنِّصْفُ الْآخَرُ يَدْفَعُ إِلَى الَّذِي لَمْ يَطَأْ.

وَإِنْ عَتَقَتْ قَبْلَ أَخْذِ الْمَهْرِ وَمَصِيرِهِ قِصَاصًا، أَخَذَتْهُ^(١). وَإِنْ عَجَزَتْ بَعْدَ أَخْذِهِ، فَإِنْ بَقِيَ، فَهُوَ لِلْسَيِّدِينَ، وَإِنْ تَلَفَ تَلَفٌ^(٢) مِنْ مَلِكُهُمَا.

وَإِنْ عَجَزَتْ قَبْلَ أَخْذِهِ؛ فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهَا بِقَدْرِ الْمَهْرِ مَالٌ، أَخَذَهُ الَّذِي لَمْ يَطَأْ [١٣٦٠ / أ] وَبَرَّتْ ذِمَّةُ الْوَاطِئِ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا شَيْءٌ، فَلِلَّذِي لَمْ يَطَأْ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ الْمَهْرِ مِنَ الْوَاطِئِ. وَإِنْ أَحْبَلَهَا^(٣) نُظِرَ:

إِنْ ادَّعَى الْإِسْتِبْرَاءَ، وَحَلَفَ عَلَيْهِ، فَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ وَقْتِ الْإِسْتِبْرَاءِ، لَمْ يَلْحَقْهُ، وَهُوَ كَوَلَدِ الْمَكَاتِبَةِ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ زِنَى، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْإِسْتِبْرَاءَ، وَوَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَالْوَلَدُ لَأَحِقُّ بِهِ، وَيُثْبِتُ الْإِسْتِيلَادُ فِي نَصِيْبِهِ مِنَ الْأُمَّةِ مَعَ بَقَاءِ الْكِتَابَةِ فِيهِ.

ثُمَّ هُوَ مُعْسِرٌ أَوْ مُوسِرٌ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا، لَمْ يَسِرِ الْإِسْتِيلَادُ إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ، فَإِنْ أَدَّتِ النِّجْمُ إِلَيْهِمَا، عَتَقَتْ بِالْكِتَابَةِ، وَبَطَلَ الْإِسْتِيلَادُ. وَإِنْ عَجَزَتْ، وَفَسَخَا الْكِتَابَةُ، فَنِصْفُهَا قِرْنٌ، وَنِصْفُهَا مُسْتَوْلَدٌ.

(١) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: «أَخَذَتْ»، الْمَثْبُوتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٥٦٤).

(٢) كَلِمَةٌ: «تَلَفَ» سَاقِطَةٌ مِنْ (أ).

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: «أَجْلَهَا»، خَطَأً.

وإن مات الواطئ قبل الأداء والفسخ، عَتَقَ نصفُها، وبقيت الكتابةُ في النصفِ الآخر.

وإن مات بعد الفسخ، عَتَقَ النصفُ، والباقي قِنْ. وفي الولدِ وجهانِ.
أَصْحُهُما: نصفُه حُرٌّ، ونصفُه رقيقٌ.

والثاني: ينعقدُ كُلُّهُ حُرًّا؛ لشُبْهَةِ الْمَلِكِ، وإن قلنا بالثاني^(١)، وقلنا: وَلَدُ
المكاتبَةِ قِنْ للسيد، لزم الواطئ نصفُ قيمته للشريك.
وإن قلنا: يَثْبُتُ^(٢) فيه حكمُ الكتابة، وقلنا: الحقُّ فيه للسيد، فكذلك
الجواب.

وإن قلنا: الحقُّ للمكاتبَةِ، لزمه جميعُ قيمته لها؛ فَإِنْ عَتَقْتُ قَبْلَ أَخْذِهَا،
أَخَذْتُهَا، وَإِنْ عَجَزْتَ قَبْلَ الْأَخْذِ^(٣)، أَخَذَ الشريكُ الآخرَ نصفَها، وسقطَ النصفُ.
وإن قلنا: ينعقدُ نصفُه حُرًّا، ونصفُه رقيقاً، فإن قلنا: وَلَدُ المكاتبِ قِنْ للسيد،
فالنصفُ الرقيقُ للشريك، ولا يجبُ شيءٌ من قيمة الولدِ على الواطئ.

وإن قلنا: تثبتُ الكتابةُ في ولدِ المكاتبَةِ، فالنصفُ الرقيقُ يَتَكَاتَبُ عليها؛ إِنْ
عَتَقْتُ، عَتَقَ، وَإِلَّا، رَقَّ للشريك الآخر. وهل تجبُ قيمةُ النصفِ الحُرِّ على
الواطئ؟ يُبْنَى على أَنَّ الحقَّ في وَلَدِ المكاتبَةِ للسيد أم لها؟ إِنْ قلنا: له، لم تَجِبْ،
وإِلَّا، وَجِبَتْ.

ثُمَّ إِنْ عَتَقْتُ، عَتَقَ، وَسَلَّمْ لها نصف القيمة، فَيَأْخُذْهُ إِنْ لم تكن أَخَذْتَهُ، وَإِنْ
عَجَزْتَ، سَقَطَ عنه. وَإِنْ كان دفعُهُ، استردَّه إِنْ كان باقياً.

أَمَّا إِذَا كان موسِراً، فيسري الاستيلاءُ إلى نصيبِ الشريك، وكانَ الولدُ كُلُّهُ
حُرًّا، وَمَتَى يَسْري؟ فيه طريقتان.

قال الجمهور: قولان، كما لو أعتقَ أحدُ الشريكين نصيبه من المكاتب، ففي
قول: في الحال، وفي قول: عند العجز.

(١) في المطبوع: «الأول»، خطأ. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٥).

(٢) في المطبوع: «ثبت».

(٣) في المطبوع: «الأداء»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٥).

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ، وغيره: القطعُ بأنه يسري عند العَجْز، فإن قلنا بالسَّراية في الحال، انفسختِ الكتابةُ في نصيبِ الشريك، وتبقى في نصيبِ الواطئ، ويثبت الاستيلاءُ في جميعِ الجارية، وعلى الواطئ للشريك نصفُ مهرها، ونصفُ قيمتها.

وأما نصفُ قيمةِ الولدِ منه، ففي وجوبها قولان، كما لو استولدَ أحدُ الشريكين الأمةَ القنَّةَ، وانعقدَ الولدُ حُرّاً، وعليه أيضاً نصفُ المهرِ للمكاتبَةِ؛ لبقاءِ الكتابةِ في نصيبه، وهل يجب لها نصفُ قيمةِ الولدِ؟ يُبنى على أَنَّ المِلِك في وَلَدِ المكاتبَةِ لمن هو؟

ولو أدَّت نصيبَ الواطئ من مالِ الكتابةِ، عَتَقَ نصيبُهُ، وسرى إلى الباقي.

وإن عَجَزَتْ، وفَسَخَ الكتابةُ، بقيتْ مستولدةً مَحْضَةً.

وإن قلنا بالسَّراية عند العجز، فأدَّت النجومَ، عَتَقَتْ عن الكتابةِ، وولاؤه^(١) بينهما، ويبطلُ الاستيلاءُ، ولها المهرُ على الواطئ، فتأخذه إن لم تكن أخذتُهُ، وتجبُ نصفُ قيمةِ الولدِ [١٣٦٠ / ب] للشريك إن قلنا: وَلَدُ المكاتبَةِ قِنْ للسيد، أو قلنا: تثبتُ^(٢) فيه^(٣) الكتابةُ، وَحَقُّ المِلِك فيه للسيد، وإن قلنا: حَقُّ المِلِك فيه للمكاتبَةِ، وجبَ جميعُ القيمةِ لها.

وإن لم تؤدِّ النجومَ، وعَجَزَتْ، لزمَ الواطئ للشريك نصفُ مهرها، ونصفُ قيمتها، ونصفُ قيمةِ الولد.

هذا تمام الكلام في وطءِ أحدِ الشريكين، فأما إذا وطئها جميعاً، فإن لم يحصلَ غُلُوقٌ، فحكمُ الحدِّ والتعزير ما سبق، وعلى كلِّ واحدٍ مَهْرٌ كاملٌ، فإن عَجَزَتْ، ورَقَّتْ بعد قبْضِ المهرين^(٤)، لم يطالب أحدهما الآخر بشيءٍ. ويقسمانِ المهرين^(٥) إن كانا باقيتين.

(١) في (فتح العزيز: ١٣ / ٢٩٤): « وولاؤها ».

(٢) في المطبوع: « ثبتت ».

(٣) في المطبوع زيادة: « صفة ».

(٤) في (ظ): « المهر ».

(٥) في (ظ): « المهر ».

وإن عَجَزَتْ قَبْلَ أَخْذِهِ، سَقَطَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ نَصْفُ مَا لَزَمَهُ، وَيَجِيءُ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ التَّقَاضُ.

وَقَدْ يَكُونُ أَحَدُ الْمَهْرَيْنِ أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ؛ إِمَّا لَكُونِهَا بِكَرًّا عِنْدَ وَطْءٍ أَحَدِهِمَا، ثَبَاتًا عِنْدَ الْآخَرِ، وَإِمَّا لاختلافِ حَالِهَا فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ، وَغَيْرِهِمَا، فَيَأْخُذُ مُسْتَحَقُّ الْفَضْلِ الْفَضْلَ.

وإن أَفْضَاها أَحَدُهُمَا، لَزِمَهُ نَصْفُ الْقِيَمَةِ لِلشَّرِيكِ، وَإِنْ^(١) افْتَضَّهَا، لَزِمَهُ نَصْفُ أَرْضِ الْاِفْتِضَاضِ مَعَ الْمَهْرِ.

وإن ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى الْآخَرِ أَنَّهُ الَّذِي أَفْضَى، أَوْ افْتَضَّ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ؛ فَإِنْ حَلَفَا، فَذَاكَ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا، وَنَكَلَ الْآخَرُ، قُضِيَ لِلْحَالِفِ. وَإِنْ حَصَلَ غُلُوقٌ، نُظِرَ:

هَلْ أَتَتْ بَوْلِدٍ، أَمْ بَوْلَدَيْنِ، مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ وَلَدٌ.

القسم الأول: [إن]^(٢) أَتَتْ بَوْلِدٍ، فَيَنْظَرُ: إِنْ ادَّعَى الْاِسْتِبْرَاءَ، وَحَلَفَا عَلَيْهِ، لَمْ يَلْحَقْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَهُوَ كَوَلَدِ الْمَكَاتِبَةِ^(٣) مِنْ نِكَاحٍ، أَوْ زِنَى.

وإن لَمْ يَدَّعِ الْاِسْتِبْرَاءَ، فَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ.

أحدها^(٤): أَنْ لَا يُمْكِنَ كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ بَأَنَّ وَلَدَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سَنِينَ مِنْ وَطْءِ الْأَوَّلِ، وَلَدَوْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي، أَوْ وَلَدَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سَنِينَ مِنْ وَطْءِ أَحَدِهِمَا، فَهُوَ كَمَا لَوْ ادَّعَى الْاِسْتِبْرَاءَ. وَحُكْمُ الْمَهْرَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ، كَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ غُلُوقٌ.

الحال الثاني: أَنْ يُمْكِنَ كَوْنُهُ مِنَ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، فَيَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ، وَيُثَبَّتُ الْاِسْتِبْرَادُ فِي نَصِيْبِهِ؛ فَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا، فَلَا سِرَايَةَ، وَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فِي جَمِيعِهَا؛ فَإِنْ أَدَّتِ النُّجُومُ، وَعَتَقَتْ، فَلَهَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ الْمَهْرُ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « فَإِنْ ».

(٢) مَا بَيْنَ حَاصِرَتَيْنِ زِيَادَةً مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٣) فِي الْمَطْبُوعِ: « الْمَكَاتِبِ »، الْمَثْبُتُ مُوَافِقٌ لِمَا فِي (فَتْحُ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٥٦٧).

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: « أَحَدُهُمَا ».

وإن رَقَّتْ؛ فنصفُها قِنْ للثاني، ونصيبُ الأولِ يبقى مستولداً، ولكلِّ واحدٍ على الآخر نصفُ المهر، وهو من صور التقاصِّ.

وهل كُلُّ الولدِ حُرٌّ، أم تتبَعُصُ حريتهُ؟ فيه الخلافُ السابق. وإن كان موسراً، فالولدُ كُلُّه حُرٌّ، ويسري الاستيلاءُ من نصيبه إلى نصيبِ شريكه، ويعودُ الخلافُ في أنه يسري في الحال، أم عندَ العَجْزِ؟ فإن قلنا: في الحال، انفسختِ الكتابةُ في نصيبِ الثاني، وبقيت في نصيبِ الأولِ.

وإن قلنا: عندَ العَجْزِ، فإذا عَجَزَتْ، ورَقَّتْ، ارتفعتِ الكتابةُ، وهي مستولدةٌ له على القولين.

والحكمُ فيما إذا أدَّتِ النجومُ، وعَتَقَتْ على ما سبقَ فيما إذا وطئَ أحدهما وأولدها، وكذا الحكمُ لو عَتَقَتْ بالموتِ.

وما ذكرنا هناك أنه يجبُ للشريك على الذي أولدها من المهرِ وقيمةِ الجارية، وقيمةُ الولدِ تجبُ هنا للثاني على الأولِ.

وأما وطءُ الثاني؛ فإن كان بعدما حَكَمْنَا بمصيرِ جميعِها أُمٌّ وَلِدَ لِلأولِ^(١)، وجبَ جميعُ المهرِ، فإن بقيتِ الكتابةُ في نصيبِ الأولِ، فهو بينه وبين المكاتبَةِ.

وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً، فجميعُه له.

وإن كان قبلَ الحكمِ [١٣٦١ / ١] بمصيرِ^(٢) جميعِها أُمٌّ وَلِدَ له، لم يلزمه إلا نصفُ المهرِ؛ لأنَّ السرايةَ إذا حَصَلَتْ أخيراً انفسختِ الكتابةُ، وعادَ نصفُه رقيقاً، فتكون الأكسابُ له، والمهرُ من الأكسابِ.

ثم ذلك النصفُ للمكاتبَةِ، إن بقيت في نصيبِ الأولِ، وإلا، فهو للأولِ. هكذا ضبطَ القولُ فيما يلزمُ الثاني جماعةً، منهم ابنُ الصَّبَّاحِ.

واعلم: أنَّ وطءَ الثاني إذا وقعَ بعدَ الحكمِ بمصيرِ جميعِها أُمٌّ وَلِدَ لِلأولِ، فقد وقعَ بعدَ ارتفاعِ شبهةِ الملكِ، فيكونُ زَنًى، وإطلاقُ وجوبِ جميعِ المهرِ مصوّرٌ فيما

(١) في (أ)، والمطبوع: «الأول»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٦٨).

(٢) في المطبوع: «بصير»، خطأً.

إذا فرضت شبهة أخرى. وأطلق في « المختصر » قولين في أنه يلزم الثاني جميع المهر، أم نصفه ؟

قال أبو إسحاق: الأظهر: وجوب جميع المهر، وهو اختيار الشافعي، والمزني، رضي الله عنهما.

الحال الثالث: أن يمكن كونه من الثاني دون الأول، فيلحق الثاني، ويثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا سراية إن كان مُعسراً. وفي تبعض الحرية في الولد الخلاف.

وإن كان موسراً، سرى الاستيلاء إما في الحال، وإما عند العجز كما سبق. ويجب على الثاني هنا ما ذكرنا أنه يجب على الأول في الحال الثاني.

وأما الأول، فقال البغوي: إن كان الثاني معسراً لزم الأول كمال المهر للمكاتبة، وكذا إن كان موسراً وقلنا: السراية تحصل بعد العجز. وإن قلنا: تحصل في الحال، انفسخت الكتابة في نصيب الأول، ولا يجب إلا نصف المهر لها.

وأطلق العراقيون والرؤياني، وغيرهما، أنه لا يلزم الأول عند يسار الثاني إلا نصف المهر.

الحال الرابع: أن يمكن كونه من كل واحد منهما، وأدعياه، أو أدعاه أحدهما، فيعرض على القائف، فمن الحق به، كان الحكم كما لو تعين الإمكان منه، فإن تعددت معرفته بالقائف، اعتمد انتسابه بعد بلوغه، ويكون الحكم ما ذكرنا.

قال الإمام: ولو فرض ذلك في الأمة القنّة، والحقّة القائف بأحدهما، لحقّه، وثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا سراية إن كان مُعسراً، لكن يثبت الاستيلاء أيضاً في نصيب الآخر بإقراره أنها مستولدة.

وإن كان موسراً، سرى، ولا يلزمه للشريك قيمة نصيبه؛ لأنه يدعي أن الجارية مستولدة، فيؤخذ^(١) بإقراره.

وإذا لم نجد القائف، والمتداعيان موسران، حكم بأنها مستولدتها، نصفها لهذا، ونصفها لذلك، وليس أحدهما بالسراية أولى من الآخر.

(١) في المطبوع: « فيؤخذ ».

ولو أقرَّ بالوطء، وسكتا عن دعوى الولد، وألحقه القائف بأحدهما، ثبت الاستيلاء في نصيبه، وسرى^(١)، وعليه الغرم للشريك؛ لأنه لم يوجد هنا إقرارًا ينافي الغرم.

ولو لم نجد قائفًا، واعتمدنا انتسابه بعد بلوغه، ففي ثبوت الغرم وجهان.

القسم الثاني: إذا أتت بولدين، وعرفا حالهما، واتفقا على أن هذا من هذا، وذلك من ذاك، وله صورتان.

إحداهما: اتفقا على السابق منهما، فينظر:

إن كانا موسرين، أو كان الأول موسرًا، صارت مستولدةً للأول، وعليه للثاني نصف مهرها، ونصف قيمتها.

وأما [نصف] ^(٢) قيمة الولد، فقال البغوي^(٣): إن قلنا: تحصل السراية بنفس العلوق، لم يجب. وإن قلنا: تتوقف على العجز، أو قلنا^(٤): لا تحصل إلا بأداء القيمة، وجبت.

وأما الثاني: فإن وطئها بعد ما صار جميعها مستولداً [١٣٦١ / ب] للأول، وهو عالم بالحال، لزمه الحد، ولده رقيق للأول.

وإن كان جاهلاً، فالولد حرٌّ، وعليه تمام المهر، وتما م قيمة الولد يوم الوضع، ويكون جميعها للأول إن ارتفعت الكتابة في نصيبه [أيضاً]. وإن بقيت، فنصف المهر له، ونصفه للمكاتب، ونصف قيمة الولد على الخلاف في ولد المكاتب.

وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولداً للأول، لم يلزمه إلا نصف المهر؛ لأن نصفها يعدلُّه، وفي تبعض حرية الولد ما سبق، فإن لم تبعض، فعليه نصف قيمة الولد، ولا يثبت الاستيلاء في نصيب الثاني له، وإن بقي نصيبه له؛ لأن الأول استحق السراية، ولا يجوز إبطال حقه.

(١) في المطبوع: « ويسري ».

(٢) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٠).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٥٧١).

(٤) في المطبوع: « وقلنا »، المثبت موافق لما في (تهذيب البغوي: ٨ / ٥٧١).

وعن القَّال في ثبوت الاستيلاء للثاني^(١) في نصيبه وجهان، كما لو أعتق شريك نصيبه، وهو موسرٌ، وقلنا: السَّرايةُ تَقِفُ على القيمة، فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها.

وأما إذا كانا معسرين، أو كان الأول معسراً، فنبت الاستيلاء في نصيب الأول ولم يسر، فإذا أحبلها الثاني، ثبت في نصيبه أيضاً. وعلى كُلِّ واحدٍ تمامُ المهر للمكاتب، فإن عَجَزَتْ قبل الأخذ^(٢)، فعلى كُلِّ واحدٍ نصفُ المهر لشريكه، ومن مات منهما، عَتَقَ نصيبه.

وذكر البَغَوِيُّ أن في تبعض الحرِّية في ولدٍ كُلِّ واحدٍ منهما الخلاف، وأنا إذا لم نحكم بالحرِّية في نصفه، فهل هو قِنٌّ للآخر، أم يَتَكَاتَبُ؟ فيه الخلاف، وأنه لا يلزم كُلِّ واحدٍ منهما شيءٌ من قيمة الولد.

وفي «أُمالي السَّرْحَسِيِّ»^(٣): أنا إذا قلنا بالتبعض، فالحكم كذلك، وإن قلنا بحرِّية الجميع، لزم كُلِّ واحدٍ للآخر نصفُ قيمة ولده.

ولم يُجَزَّ العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعض الحرِّية في ولدٍ كُلِّ واحدٍ إذا كان الأول معسراً، والثاني موسراً، وحكموا بأن ولدَ الموسر حُرٌّ كُلُّهُ، والخلاف مخصوصٌ بالمعسر.

الصورة الثانية: اختلفا في السابق، فقال كُلُّ واحدٍ: أنا أولدتها أولاً، ولدي هذا، واحتمل صدقُ كُلِّ واحدٍ^(٤)؛ فهما موسران، أو معسران، أو أحدهما موسرٌ، والآخر معسرٌ، والاعتبارُ باليسار والإعسار حالة الإحبال.

الضرب الأول: موسران، فكلُّ واحدٍ يدَّعي على الآخر جميعَ المهر وجميعَ قيمة ولده؛ لأنه يقول: وطئتها، وهي مستولدة، أو يدَّعي نصفها على ما ذكرناه في الصورة الأولى، وكُلُّ واحدٍ يُقَرُّ للآخر بنصفِ المهر، ونصفِ قيمة الجارية؛ لأنه يقول: أنا أولدتها وهي مشتركة، فصارت مستولدة لي، ويُقَرُّ أيضاً بنصفِ قيمة الولد.

(١) في المطبوع: «الثاني».

(٢) في المطبوع: «الأجل»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧١).

(٣) السَّرْحَسِي: هو أبو الفَرَجِ الرَّازِي، عبد الرحمن بن أحمد.

(٤) في المطبوع زيادة: «منهما».

على اختلاف فيه، وما يُقرُّ به كُلُّ واحدٍ من نصفِ قيمةِ الجاريةِ يكذبُهُ فيه الآخرُ، فيسقطُ إقراره به، وتبقى دَعْوَى كُلِّ واحدٍ في المهرِ، وقيمةِ الولدِ.

فإن اقتضى الحالُ التسويةَ بينهما، لم يعظم أثر الاختلاف، وجاء الكلامُ في التقاصِّ.

وإن تفاوتا، حلفَ كُلُّ واحدٍ على نفي ما يدَّعيه الآخرُ.

وقيل: يتحالفان على النفي والإثبات، وهو بعيدٌ، فإذا حلفَ، فلا شيءَ لأحدهما على الآخرِ، وهي مستولدةٌ أحدهما على الإبهام، ونفقتها عليهما، فإذا ماتا فهي حُرَّةٌ، والولاءُ موقوفٌ بينهما.

وإن مات أحدهما، فالأصحُّ أنه لا يعتقُ شيءٌ منها؛ لاحتمالِ أنها مستولدةٌ الآخرِ.

وقال ابنُ أبي هُريرةَ، وأبو عليٍّ الطبريُّ: يعتقُ نصفُها، واختاره القاضيان: أبو الطيبِ والرُّويانيُّ، وحكى ذلك عن نصه في «الأم»؛ لأنه [١٣٦٢ / أ] يملك نصفها، وقد أولدها، وشككنا هل سرى إحبالُ شريكه إلى نصيبه؟ والأصل عدمه.

الضربُ الثاني: أن يكونا معسرَين، فلا ثمةَ للاختلاف، والحكمُ كما لو عرفَ السابق، وهما مُعسران.

وإذا مات أحدهما، عتقَ نصيبُهُ، وولأُوهُ لِعَصْبَتِهِ.

وإن ماتا فالولاءُ لِعَصْبَتِهِمَا بالسوِّيةِ.

ونقل الرُّبيعُ^(١) في «الأم»: أنَّ الولاءَ يوقَفُ^(٢)، وإن كانا مُعسرَين. واتفقَ الجمهورُ أن هذا غلطٌ من الرُّبيعِ، أو من غيره.

وقيل: أرادَ حالةَ الموتِ، فلا فرقَ حينئذٍ بين كونهما مُوسرَين، أو مُعسرَين؛ لما سبقَ أنَّ الاعتبارَ في اليسارِ والإعسارِ بحالةِ الإحبالِ.

الضربُ الثالثُ: أن يكونَ أحدهما مُوسراً، والآخرُ مُعسراً، فيحلفُ كُلُّ واحدٍ

(١) هو الربيع بن سليمان المرادي، وهو المراد حيث أطلق في كتب المذهب. انظر: (تهذيب الأسماء واللغات: ١ / ٤٥٦ - ٤٥٧).

(٢) في (أ): «أن الولاء لا يوقف»، وفي المطبوع: «أنَّ الولاء موقوف».

على نفي ما يدعى عليه، ويثبت الاستيلاء للموسر في نصيبه، فلا منازعة، وهما متنازعان في نصيب المعسر، فنصف نفقتها على الموسر، ونصفها بينهما.

ثم إن مات الموسر أولاً، عتق نصيبه، وولاؤه لورثته، فإذا^(١) مات المعسر بعده، عتق نصيبه، وولاؤه موقوف بينهما.

وإن مات المعسر أولاً، لم يعتق منها شيء، فإذا مات الموسر بعده، عتقت كلها، وولاؤه نصفها لورثته، وولاؤه النصف الآخر موقوف.

قال الصيقلاني: هذا إذا قلنا: لا تتوقف سريّة الاستيلاء على أداء القيمة، فإن قلنا: تتوقف؛ فهنا لا أداء^(٢)، فتكون الجارية هنا مستولدتها، والولاء بينهما بلا وقف.

أمّا لو كان الاختلاف عكسه، فقال كل واحد للآخر: أنت وطئت أولاً، فسرى إلى نصيبي، وهما موسران، فقال البغوي^(٣): يتحالفان، ثم نفقتها عليهما، وإذا مات أحدهما، لم يعتق نصيبه؛ لاحتمال أن الآخر سبقه بالاستيلاء، ويعتق نصيب الحي؛ لأنه أقرب بأن الميت أولد [أولاً]، ثم سرى إلى نصيبه، وعتق بموته، وولاؤه ذلك النصف موقوف، فإذا مات الآخر، عتقت كلها وولاؤه الكل موقوف.

وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فقال المعسر: سرى إيلادك إلى نصيبي، وقال الموسر: أنت أولدت أولاً، ولم يسر إلى نصيبي، تحالفا، ثم النفقة عليهما؛ فإن مات الموسر أولاً عتقت كلها.

أمّا نصيب الموسر؛ فبموته، وولاؤه لعصبته، وأمّا نصيب المعسر؛ فبإقراره، وولاؤه موقوف.

وإن مات المعسر أولاً، لم يعتق منها شيء؛ لاحتمال أن الموسر سبقه بالإحبال، فإذا مات الموسر^(٤) بعده، عتقت كلها. وولاؤه نصيب الموسر لعصبته،

(١) في المطبوع: « وإذا ».

(٢) في المطبوع: « يتوقف هنا الأداء » بدل: « تتوقف، فهنا لا أداء »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٢).

(٣) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٥٤).

(٤) في المطبوع: « المعسر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٣).

ونصيبُ المعسرِ^(١) موقوفٌ . وبالله التوفيقُ .

الحُكْمُ الخَامِسُ: فِي جِنَايَةِ المَكَاتِبِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ :

وفيه مسائلُ .

إحداها: إذا جنى على أجنبيٍّ بما يوجبُ^(٢) قصاصَ نفسٍ، أو طَرْفٍ، فلمستحقَّه القصاصُ . فإن عفا على مالٍ، أو كانت الجناية موجبةً للمال، نُظِرَ:

إن كان في يده مالٌ، وكان الواجبُ مثلَ قيمتهِ، أو أقلَّ، طوَلَبَ به مِمَّا في يده . وإن كان أكثرَ، فهل يطالبُ بالأرْشِ بالغاً ما بلغَ، أم لا يطالبُ إلا بأقلَّ الأمرين من قيمتهِ والأرْشِ ؟ قولان .

أظهرهما: الثاني .

فعلى هذا: له أن يفديَ بالأقلَّ، وإن لم يرَضَ السيدُ .

وإن فدى بالأرْشِ، وزادَ على القيمة، لم يستقلَّ به؛ فإن أذنَ السيدُ، فقولان، كثرُعه .

فإن لم يكن في يده مالٌ، وطلبَ مستحقُّ الأرْشِ تعجيزَه، عَجَزَه الحاكمُ، ثم يباعُ كُلُّه في الجناية إن استغرقَ الأرْشُ قيمتهُ، وإلا فيباعُ قَدْرُ الأرْشِ، وتبقى الكتابةُ [١٣٦٢ / ب] في الباقي، فإذا أدى حصَّته من النجوم، عَتَقَ ذلك القَدْرُ .

ولو أرادَ السيدُ أن يفديه من ماله، ويستديمَ الكتابةَ، فله ذلك، وعلى مستحقِّ الأرْشِ قبولُه، هذا هو المذهبُ، وفيه شيءٌ سبقَ . وفيما يفديه به قولان .

الجديدُ: بأقلَّ الأمرين .

والقديمُ: بالأرْشِ، وله أن يرجعَ عن اختيارِ الفداء ويسلمَه للبيع، إلا إذا مات العبدُ بعدَ اختيارِ الفداء، أو باعَه بإذنِ المجنِّي عليه، بشرطِ الفداء، فيلزمُه الفداء .

ولو أبرأه السيدُ من النجوم، أو أعتقه، لزمَه الفداء؛ لأنه فَوَّتَ متعلقَ حَقِّ المجنِّي عليه، فهو كما لو قتله، هذا إذا قلنا بالمذهب، والذي قطع به الجمهورُ أنه

(١) في المطبوع: « الموسر »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٣) .

(٢) في المطبوع: « يوجب »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٣) .

ينفذ إعاقته، وأشار ابنُ كَجٍّ إلى خلاف فيه، كإعاقِ القِنَّ الجاني .
والفرقُ أَنَّ المكاتبَ صار مستحقَّ العتقِ بالكتابة قبل الجناية، فإذا أعتقه، وقع العتقُ عن الجهة المستَحَقَّة بخلافِ القِنَّ .
وفيما يفديه السيدُ به ؟ طريقان .

أحدهما: على القولين ؛ الجديدِ والقديم .

والثاني: القطعُ بالأقلِّ، بخلاف حالِ بقاء الكتابة ؛ لأن الرقَّ باقٍ هناك .
وكما يلزمُ السيدَ بإعاقِ المكاتبِ فداؤه، يلزمُهُ بإعاقِهِ فداءُ ابنِ المكاتبِ، وأبيه إذا تَكَاتَبَا عليه، وَجَنَيَا ؛ لأنهما يعتقانِ بإعاقته .
ولو عَتَقَ المكاتبُ بأداءِ النجوم، لزمَهُ ضمانُ الجناية، ولا يلزمُ السيدَ فداؤه، وفيما يلزمُهُ الطريقانِ .

ولو جنى المكاتبُ جنایاتٍ، وأعتقه السيدُ، أو أبرأه من^(١) النجوم، لزمَهُ أَنْ يفديَهُ؛ فَإِنْ أَدَّى النجومَ، وَعَتَقَ، ف ضمانُ الجنایاتِ على المكاتبِ .
وأما الذي يلزمُهُما، فإن كانت الجنایاتُ معاً؛ بَأَنْ قَتَلَ جماعةً بضربةٍ، أو هَدَمَ عليهم جداراً، ففيه القولانِ، كالجناية الواحدة، والجديدُ: أَقَلُّ الأمرين من أَرْشِ الجنایاتِ كُلِّها، وقيمتِهِ، والقديمُ: وجوبُ الأروشِ كُلِّها .

وإن كانت الجنایاتُ متفرقةً، فالقديمُ بحاله، وفي الجديدِ قولان .
أظهرُهُما: أنه أيضاً بحاله، فيجبُ الأقلُّ مِنَ الأروشِ كُلِّها وقيمتِهِ .
والثاني: يجبُ لكلِّ جنايةٍ الأقلُّ مِنْ أَرْشِها والقيمة؛ لأن البيعَ كان ممكناً عقب كُلِّ جناية، وبالإعاقِ فَوَّتَ ذلك، فكأنه أحدثَ لكلِّ جنايةٍ مَنَعاً .

ولو أرادَ المكاتبُ أَنْ يفديَ نفسَه مِمَّا في يده عن الجنایاتِ، فطريقانِ .

أحدهما: على القولين المنقولين عن الجديد .

والثاني: القطعُ بالأقلِّ من أَرْشِ كُلِّ جنايةٍ، والقيمة .

(١) في (أ)، والمطبوع: « عن » .

وقطع البغوي^(١) بأنه يؤخذ مِمَّا في يده الأقلُّ من أروش الجنايات كُلِّها، ومن قيمته، ويشبه أن يكونَ هذا هو المذهب .

ولو لم يكن في يده مالٌ، وسأل المستحقُّون تعجيزه، عَجَزَه الحاكمُ، وبياعُ، ويقسمُ الثمن على أقدارِ الأروش .

وإن أبرأه بعضهم، قسمَ على الباقيين .

وإن اختارَ السيدُ فداءه بعد التعجيز لم يبع، وفيما يفديه به القولان .

المسألة الثانية: إذا جنى المكاتب على عبد سيِّده، أو على طَرَفِ سيِّده، فله القصاصُ، وإن قتلَ السيدَ، فللورثة^(٢) القصاصُ؛ فإن عفا المستحقُّ^(٣) على مال، أو كانت [الجناية]^(٤) موجبةً للمال، تعلَّقَ الواجبُ بما في يده؛ لأنه معه كأجنبيٍّ، وهل الواجبُ الأَرَشُ أم أقلُّ الأمرين ؟ فيه القولان .

فإن قلنا: الواجبُ الأَرَشُ، وكان أكثرَ من القيمة، فقال الشيخُ أبو حامد: له أن يفديَ نفسه به .

وقال القاضي أبو الطيب: فيه الخلافُ في هَبِّه لسيِّده . ثم قال ابنُ الصَّبَّاح [١٣٦٣ / أ]: وهذا يقتضي أن يقال: للسيدِ الامتناعُ من القَبُولِ؛ [لأنه]^(٥) لا يلزمه قبولُ الهبة .

وعندي أنه يلزمه القَبُولُ إذا أمكن أدائه، وأداء مالِ الكتابة .

وإذا لم يكن في يده شيءٌ، أو كان لا يفي بالأَرَشِ، فهل^(٦) للسيد تعجيزه بسبب الأَرَشِ ؟ وجهان .

أحدهما: لا؛ لأنه إذا عَجَزَه سقطَ الأَرَشُ؛ لأنه لا يثبتُ له على عبده دينٌ،

(١) انظر: (التهذيب: ٨ / ٤٦٨) .

(٢) في (ظ)، والمطبوع: « فللوارث »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٦) .

(٣) في المطبوع: « المستحقون »، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٦) .

(٤) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع .

(٥) ما بين حاصرتين ساقط من (ظ)، والمطبوع .

(٦) في المطبوع: « هل » .

بخلاف ما إذا عَجَزَه أَجْنَبِيٌّ؛ فَإِنَّ الْأَرْضَ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ.

وَأَصْحُهُمَا: نَعَمْ، وَبِهِ قَطَعَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَغَيْرُهُ، وَيَسْتَفِيدُ رَدَّهُ إِلَى الرِّقِّ الْمَحْضِ.

وَإِذَا عَجَزَ بِسَبَبِ الْأَرْضِ، أَوِ النُّجُومِ، وَرَقَّ، فَهَلْ يَسْقُطُ الْأَرْضُ، أَمْ يَبْقَى فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يَعْتَقَ؟ وَجِهَانِ.

أَصْدُهُمَا: الْأَوَّلُ، وَهُمَا كَالْوَجْهَيْنِ فِيمَا لَوْ كَانَ لَهُ عَلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ دَيْنٌ، فَمَلَكُهُ، هَلْ يَسْقُطُ؟ وَجَنَايَةُ الْمَكَاتَبِ عَلَى طَرَفِ ابْنِ سَيِّدِهِ، كَجَنَايَتِهِ عَلَى أَجْنَبِيٍّ، وَجَنَايَتُهُ عَلَى نَفْسِهِ تَثْبُتُ الْقَصَاصَ لِلسَّيِّدِ، فَإِنْ عَفَا، أَوْ كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً، فَهُوَ كَمَا لَوْ جَنَى عَلَى السَّيِّدِ.

وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْمَكَاتَبَ بَعْدَ جَنَايَتِهِ عَلَيْهِ، أَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ النُّجُومِ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ مَالٌ، سَقَطَ الْأَرْضُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَإِنْ كَانَ، تَعَلَّقَ بِهِ عَلَى الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَدَّى النُّجُومَ، فَعَتَقَ، لَمْ يَسْقُطِ الْوَاجِبُ بِلَا خِلَافٍ، كَمَا لَا يَسْقُطُ إِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ، وَأَدَّى النُّجُومَ، وَعَتَقَ.

ثُمَّ الْوَاجِبُ الْأَرْضُ بِالْغَا مَا بَلَغَ، هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ، وَالْمَنْصُوصُ، وَبِهِ قَطَعَ الْجُمْهُورُ.

وَقِيلَ: فِيهِ الْقَوْلَانِ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: إِذَا جَنَى عَبْدُ الْمَكَاتَبِ؛ فَجَنَايَتُهُ إِمَّا عَلَى أَجْنَبِيٍّ وَإِمَّا عَلَى سَيِّدِهِ^(١) الْمَكَاتَبِ، وَإِمَّا عَلَى سَيِّدِ سَيِّدِهِ^(٢).

فَإِنْ كَانَتْ عَلَى أَجْنَبِيٍّ، فَلَهُ الْقَصَاصُ، فَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ، أَوْ كَانَتْ الْجَنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ، تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ يَبَاعُ فِيهِ، إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَكَاتَبُ، وَهَلْ يَفْدِيهِ بِالْأَرْضِ أَمْ بِالْأَقْلِّ؟ قَوْلَانِ.

وَقِيلَ: بِالْأَقْلِّ قَطْعاً.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: «سَيِّدٌ»، خَطَأً.

(٢) كَلِمَةٌ: «عَلَى» سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

فإن قلنا بالأرض، فكان^(١) قَدَرُ قيمته، أو أَقَلُّ، فله الاستقلالُ به، وإلاّ، فلا يستقلُّ، وفي جَوَازِهِ بإذنِ السَيِّدِ قولان، كتَبَرُّعِهِ.

وفي الوقت الذي تعتبرُ قيمةُ العبدِ فيه أَوْجُهُ.

الأصَحُّ، وظاهرُ نَصِّهِ في « المختصر » : يومِ الجِنَايةِ ؛ لأنه وقتُ تعلُّقِ الأرضِ .
والثاني: يوم الاندمالِ .

والثالث: يوم الفداءِ .

والرابع: أَقَلُّ القيمَتَيْنِ مِنْ يَوْمَيِ الجِنَايةِ والفداءِ، قال ابنُ كَـجٍّ: هذا هو المذهبُ، وهو نَصُّهُ في « الأم » .

قال : وعندي أَنَّ الحكمَ في جنَايةِ المكاتبِ بنفسِهِ إذا اعتبرنا قيمَتَهُ كذلك . هذا كُلُّهُ في عبدِ المكاتبِ الذي لم يَتَكَاتَبْ عليه .

أَمَّا مَنْ تَكَاتَبَ عليه، كولدِهِ مِنْ أَمَتِهِ، ووالِدِهِ، وولِدِهِ إذا وُهِبَا لَهُ، حيثُ يجوزُ القَبُولُ، فليس لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ بغيرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وبإذْنِهِ قولان، كتَبَرُّعِهِ ؛ لأنَّ فداءَهُ، كَشَرائِهِ .

ولو جَنَى بعضُ عبيدِ المكاتبِ على بعضٍ، أو جَنَى عبدٌ غيرَهُ على عبدِهِ، فله أَنْ يقتَصَّ ؛ لأنه من مَصَالِحِ المِلْكِ، ولا يحتاجُ فيه إلى إِذْنِ السَيِّدِ على المشهور .

فلو كان القاتِلُ والدَ المقتولِ، أو كان في عبيدِ المكاتبِ أبوه، فَقَتَلَ عبدًا لَهُ، لم يقتَصَّ .

ولو كان فيهِم ابنه، فَقَتَلَ عبدًا لَهُ، فله أَنْ يقتَصَّ، وهل لَهُ أَنْ يبيِعَ ابنَهُ وأباهُ إذا كانا في مِلْكِهِ وَجَنِيًّا على عبدٍ آخَرَ لَهُ جنَايةٌ توجبُ المالَ ؟ وجهان .

أصحُّهُما: المنعُ، وهو نَصُّهُ في « الأم » .

أَمَّا إذا جَنَى عبدُ المكاتبِ على المكاتبِ، فله الاقتصاصُ بغيرِ إِذْنِ [١٣٦٣ / ب] السَيِّدِ ؛ فَإِنَّ كانتِ الجنَايةُ خطأً، أو عفا على مالٍ، لم يَجِبْ ؛ إذ لا يَثْبُتُ لسيِّدِهِ^(٢) على عبده مالٌ .

(١) في المطبوع: « وكان » .

(٢) في (أ): « لسيِّدٍ »، وفي (فتح العزيز: ١٣ / ٥٧٩): « للسيِّد » .

وإن جنى على سيد سيده، فهو كما لو جنى على أجنبي، فيباع في الأرض إلا أن يفديه المكاتب.

الرابعة: الجناية على المكاتب، إن كانت على طرفه، فله الاقتصاص، ولا يشترط إذن السيد على المشهور.

ثم إن اقتصر فذاك، وإن عفا على مال، ثبت المال، لكن إن كان دون أرض الجناية، فقدّر المحاباة، حكمه حكم الجميع إذا عفا مجّاناً، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: موجب العمد^(١) أحد الأمرين، أو قلنا: موجب القصاص، ولكن مطلق العفو موجب المال، ثبت الأرض.

وإن قلنا: موجب القصاص، ومطلق العفو لا موجب المال، لم يجب شيء، وإن عفا مجّاناً، سقط القصاص.

ثم إن قلنا: موجب العمد القصاص، لم يجب شيء؛ إن قلنا: مطلق العفو لا موجب المال، وإن قلنا: موجب، فوجهان.

أحدهما: يجب المال إن عفا بغير إذن السيد، وبإذنه قولان، كتبرّعه.

والثاني: لا يجب شيء وإن عفا بغير إذنه؛ لأن الجناية - على هذا القول - لا موجب المال، وإنما تثبت^(٢) إذا اختاره، أو عفا مطلقاً على قول، فإذا عفا مجّاناً، فقد ترك الاكتساب بالعفو، ولا يجبر على الكسب.

وإن كانت الجناية موجبة للمال، لم يصحّ عفو بغير إذن سيده، وبإذنه قولان. وحيث ثبت المال بالجناية على طرفه فهو للمكاتب، يستعين به على أداء النجوم. وهل يستحقّ أخذه في الحال، أم يتوقّف على الاندمال؟ قولان، كالجناية على الحرّ.

وقيل: يستحقّه في الحال قطعاً؛ مبادرة إلى تحصيل العتق.

(١) كلمة: «العمد» ساقطة من المطبوع.

(٢) في (أ)، والمطبوع: «وإن».

(٣) في (ظ): «ثبت».

فإن قلنا: تتوقف على الاندمال، وقد قطعت يده، نُظِرَ:

إن سَرَتِ الجَنَائيَةُ إلى النفس، انفسختِ الكتابة، وعلى الجاني القيمة للسيد إن كان أجنبيًّا.

وإن اندملت؛ فإن كان الجاني أجنبيًّا أخذ المكاتبُ نصفَ قيمته.

وإن كان السيد، استحقَّ عليه نصف القيمة، وهو يستحقُّ النجوم، فإن حلَّ نجمٌ، واتَّحدَ الحَقَّانِ؛ جنسًا وصفةً، ففيه أقوالُ التقاصِّ، فيأخذُ مَنْ له الفضلُ الفضلَ، وإن اختلفا أخذ كلُّ واحدٍ حَقَّهُ.

وإن قلنا: له أخذُ الأرضِ في الحال، فإن كان مِثْلَ دِيَةِ حُرٍّ، أو أَقَلَّ، فله أخذُ جميعه، وإلا، فلا يأخذُ أَكْثَرَ من قَدَرِ الدِيَةِ؛ لأن الجَنَائيَةَ قد تَسْرِي إلى نفسه بعد عَتَقه، فيعود الواجبُ إلى دِيَةٍ.

وإذا أخذَ ماله أخذه، ثم اندملت الجَراحةُ، فقد استقرَّ الأرضُ، ويأخذُ الباقي إن لم يكن أَخذَ الجميع.

وإن سَرَتِ إلى النفس، نُظِرَ:

إن سَرَتِ قَبْلَ أَنْ يَعْتَقَ، انفسختِ الكتابة؛ فإن كان الجاني أجنبيًّا، فللسيد مطالبةٌ بتمام القيمة، وإن كان هو السيد، سقط عنه الضمانُ، وأخذُ أكسابه.

وإن كانت السرايةُ بعد عتقه بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبيًّا، فعليه تمامُ الدية؛ لأن الاعتبارَ في الضمان بحالِ الاستقرارِ، ويكونُ ذلك لورثته، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء.

وإن كان الجاني السيد، فعليه تمامُ الديةِ أيضًا بخلاف ما لو جرحَ عبده القنَّ، ثم أعتقه، فمات بالسراية؛ فإنه لا ضمان؛ لأن ابتداء الجناية غيرُ مضمونٍ هناك، وهنا مضمونٌ.

ولو حصل العتقُ بالتقاصِّ، فهو كما لو حصل بالأداء، ولا يمنعُ من التقاصِّ كونُ الديةِ إِبْلًا؛ لأن الواجبُ [١٣٦٤ / أ] في الابتداء نصفُ القيمة، والتقاصُّ حيثنذ يحصل. ثم إن سَرَتِ الجَنَائيَةُ بعد العتق، وجبَ الفاضلُ من الإبل.

ولو عفا المكاتب عن المال، ولم نصحح عفوَه، ثم عتقَ قبلَ أخذِ المالِ، فهل له أخذه؟ قولان.

أظهرهما: نعم؛ لأن عفوَه وقع لاغياً.

ولو جنى على طرفِ المكاتب عبده، فله القصاص؛ فإن كانت الجناية خطأ، أو عفا على مالٍ، لم يثبت له على عبده مالٌ، وإن كانت الجناية على نفسِ المكاتب، انفسختِ الكتابةُ، ويموت رقيقاً.

ثم إن قتلَ السيدَ، فليس عليه إلا الكفارة، وإن قتلَه أجنبيٌّ، فللسيدِ القصاصُ، أو القيمة، وله أكسابُه بحكمِ الملك، لا بالإرث.

فَرَعٌ: جنى على طرفِ مكاتبه، وكان الأرضُ مثلَ النجوم، وحكّمنا بالتقاصُّ وحصولِ العتق، ثم جنى عليه السيدُ جنايةً أخرى موجبةً للقصاص، فهي جنايةٌ على حرٍّ، فيجبُ القصاصُ، نصٌّ عليه في « الأم »، فإن قال: لم أعلم أنه حصل التقاصُّ والعتق، لم يقبلَ منه، كما لو قتلَ مَنْ كان عبداً، فعتقَ، وقال: لم أعلم أنه عتقَ.

قال الرّبيعُ: فيه قولٌ أنه يؤخذُ منه ديةُ حرٍّ، ولا قصاصٌ؛ للشبهة.

قال في « الأم » لو عتقَ المكاتبُ، فاختلفَ هو ومَنْ جنى عليه، فقال المكاتبُ: كنتُ حرّاً عند الجناية، وقال الجاني: بل مكاتباً، صدّقَ الجاني بيمينه، وتقبلُ شهادة السيدِ للمكاتب.

فصلٌ: في مسائلَ منثورة:

قال لمكاتبه: إن عجزتَ عن النجوم بعد وفاتي، فأنت حرٌّ، صحَّ التعليقُ، فإن قالَ المكاتبُ، قبلَ الحلُول: عجزتُ، لم يعتبرَ قوله، وإن قاله بعد الحلُول، ووجدنا له ما يفي بالواجب، فلا عجزَ أيضاً، وإن لم يوجد، صدّقَ بيمينه.

ويقبلُ إقرارُ المكاتبِ بديون المعاملة، وبالبيع وما يقدرُ على إنشائه.

وفي « كتاب ابن كج » أنه لو قال: بعثُ هذه السلعة وهذا ثمنها، قبلَ إقراره.

وإن قال: بعثتها، وتلفَ الثمنُ في يدي، ففي القبول قولان.

وإن أقرَّ بدينِ جناية، فهل يُقبلُ في حقِّ السيد؟ قولان.

أظهرهما عند البغوي: نعم، ويؤدّي ممّا في يده كدّين المعاملة؛ لكن^(١) لو كان ما أقرّ به أكثر من قيمته، لم يلزم إلاّ قدر قيمته، فإن لم يكن في يده شيء، ينع في دين الجناية.

والثاني، وبه قطع جماعة: لا يقبل في حقّ السيد؛ لأنه لم يسلط عليه بعقد الكتابة، فإن قبلنا إقراره، فعجز قبل أن يؤخذ منه، فهل يُباع فيه، أم لا يُباع ويكون في ذمته إلى أن يعتق؟ قولان.

ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجناية، لكن لو عجز ألزم السيد بإقراره. ولو قال: كان جني قبل الكتابة، لم يقبل على المكاتب^(٢) أيضاً؛ لخروجه عن يده بالكتابة.

ولو مات سيّد المكاتب، فقد سبق أنّ الكتابة تبقى، وأنه يعتق^(٣) بالأداء إلى الوارث، فلو كان له وارثان، لم يعتق إلاّ بأداء حقّهما؛ فإن كان الوارث صغيراً، أو مجنوناً، لم يعتق إلاّ بالدفع إلى وليّه، فإن كان له وصيان، لم يعتق إلاّ بالدفع إليهما، إلاّ إذا أثبت^(٤) لكل واحد منهما الاستقلال.

فإن كان على الميت دين، وأوصى بوصايا، فإن كان الوارث وصياً في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، عتق بالدفع إليه، وإلاّ فيجمع بين الوصي والورثة، ويدفع إليهم.

فإن لم يوص [١٣٦٤ / ب] إلى أحد، قام القاضي مقام الوصي.

ولو دفع إلى الغريم، لم يعتق، وإن دفع إلى الوارث؛ فإن قضى الديون والوصايا، عتق، وإلاّ وجب الضمان على المكاتب، ولم يعتق، هكذا ذكره البغوي.

(١) في المطبوع: «ولكن».

(٢) في المطبوع: «المكاتب»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٢).

(٣) في (ظ): «وأنه لم يعتق»، وفي المطبوع: «فإن لم يعتق»، كلاهما خطأ، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٢).

(٤) في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٢)، و(النجم الوهاج: ١٠ / ٥٨٠): «ثبت».



وقال القاضي أبو الطيب: إن كان الدَّيْنُ مستغْرِقاً للتركة، برئ المكاتبُ بالدفع إلى الغريم.

وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسانٍ، عَتَقَ بالدفع إليه، وإن أوصى بها للفقراء أو المساكين، دفعها إلى مَنْ أوصى إليه، بتفريقها^(١)، أو إلى الحاكم. وإن أوصى بقضاء الدَّيْن منها، تعيَّن صرفُها إليه، وهو كما لو أوصى بها لإنسانٍ.

ولو مات السيدُ والمكاتبُ مِمَّنْ يَعْتِقُ على الوارث، عَتَقَ عليه. ولو نكحَ الابنُ مكاتبةَ أبيه، ثم مات الأبُّ والابنُ وارثًا، انفسخَ النكاحُ؛ لأنه ملك زوجته، وكذا لو مات السيدُ وبنتهُ تحتَ مكاتبه، فورثت زوجها. ولو اشترى المكاتبُ زوجته، أو اشترتِ المكاتبةُ زوجها، انفسخَ النكاحُ. وبالله التوفيقُ^(٢).



(١) في (أ): «بتفريقها»، وفي المطبوع: «يفرقها»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٣).

(٢) قوله: «وبالله التوفيق» لم يرد في (أ).

٨١ - كِتَابُ أُمّهَاتِ الْوَلَدِ

وَلَدُ الرَّجُلِ مِنْ أُمِّهِ يَنْعَقِدُ حُرًّا، وَتَصِيرُ الْأُمُّ بِالْوِلَادَةِ مُسْتَوْلَدَةً، تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ، وَيَقْدَمُ عَتَقُهَا عَلَى الدِّيُونِ.

وَاسْتِيلَادُ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ، كَاسْتِيلَادِ الصَّحِيحِ فِي النُّفُوزِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، كِإِنْفَاقِهِ^(١) الْمَالِ فِي اللَّذَاتِ^(٢) وَالشَّهَوَاتِ.

وَيُثْبِتُ الْاسْتِيلَادُ أَيْضًا بِإِقَاءِ مُضْغَةٍ ظَهَرَ^(٣) فِيهَا خِلْقَةُ آدَمِيٍّ؛ إِمَّا لِكُلِّ أَحَدٍ، وَإِمَّا لِلْقَوَائِلِ، وَأَهْلُ الْخَبْرَةِ مِنَ النِّسَاءِ، فَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ، وَقُلْنَ: هَذَا أَصْلُ آدَمِيٍّ، وَلَوْ بَقِيَ لِتَصَوُّرٍ، لَمْ يَثْبِتِ الْاسْتِيلَادُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَقَدْ سَبَقَ بَيَانُهُ فِي « الْعِدَدِ ».

فَصْلٌ: يَحْرُمُ بَيْعُ الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَهَبْتُهَا، وَرَهْنُهَا، وَالْوَصِيَّةُ بِهَا.

وَعَنْ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ مِيلَ الْقَوْلِ فِي بَيْعِهَا، فَقَالَ الْجُمْهُورُ: لَيْسَ لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِيهِ اخْتِلَافٌ قَوْلٍ؛ وَإِنَّمَا مِيلَ الْقَوْلِ إِشَارَةٌ إِلَى مَذْهَبٍ مَنْ جَوَّزَهُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: جَوَّزَهُ فِي الْقَدِيمِ، فَعَلَى هَذَا: هَلْ تَعْتَقُ^(٤) بِمَوْتِ السَّيِّدِ؟ وَجِهَانِ.

أَحَدُهُمَا: لَا، وَبِهِ قَالَ صَاحِبُ « التَّقْرِيبِ »، وَالشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ.

(١) فِي الْمَطْبُوعِ: « كِإِنْفَاقِ ».

(٢) فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٥٨٥): « الْكَفَّارَاتِ » بَدَلُ: « اللَّذَاتِ ».

(٣) كَلِمَةٌ: « ظَهَرَ » سَاقِطَةٌ مِنَ الْمَطْبُوعِ.

(٤) فِي الْمَطْبُوعِ: « يَعْتَقُ ».

والثاني: نَعَمْ، قاله الشيخ أبو محمد، والصيدلاني، كالمُدَبَّرِ .

قال الإمام^(١): وعلى هذا يحتملُ أَنْ يُقَالَ: تَعْتَقُ^(٢) من رأس المال، ويحتمل من الثلث .

وإذا قلنا بالمذهب: إنه لا يجوزُ بيعُها، ففَضِي قاضٍ بجوازِهِ، فحكى الرُّوْيَانِي عن الأصحاب أنه يَنْقُضُ قضاؤُهُ، وما كان فيه من خلاف بين القرنِ الأولِ، فقد انقطع، وصارَ مُجمِعاً على منعه، ونقل الإمام^(٣) فيه وجهين .

فَرَعٌ: أولادُ المستولدة؛ إن كانوا من السيد، فأحرارٌ، وإن حَدَثوا من نكاح، أو زنى، فلهم حكمُ الأمِّ، فليسَ للسيدِ بيعُهم، وَيَعْتَقُونَ بموتِهِ، وإن كانتِ الأمُّ قد ماتت في حياة السيد .

ولو أعتقَ السيدُ الأمَّ، لم يَعْتَقِ الولدُ، وكذا حكمُ العكسِ، كما في التدبير، بخلاف ما لو أعتقَ المكاتبَةَ، يَعْتَقُ وَلَدُهَا .

ولو ولدتِ المستولدة من وطءِ شُبْهَةٍ؛ فإن كان الواطئ يعتقدُ أنها زوجته الأمَّةُ، فالولدُ رقيقٌ للسيد، كالأمِّ، وهو كما لو أُنْتُ به من نكاح، أو زنى .

وإن كان يعتقدُها زوجته الحرَّةَ، أو أمتَهُ، انعقدَ الولدُ حرّاً، وعليه قيمتهُ للسيد .

وأما الأولادُ [١٣٦٥ / أ] الحاصلون قبل الاستيلاءِ بنكاح، أو زنى، فليس لهم حكمُ الأمِّ؛ بل للسيدِ بيعُهم إذا وُلِدوا في ملكه، ولا يَعْتَقُونَ بموته؛ لأنهم حدثوا قبل ثبوت حقِّ الحرِّيةِ للأمِّ .

فَرَعٌ: المُستولدةُ فيما سوى نقلِ المِلِكِ فيها، كالقِنَّةِ، فله إجارتُها، واستخدامُها، ووطؤها، وأرْشُ الجنايةِ عليها، وعلى أولادِها التابعين لها، وقيمتُهم إذا قتلوا .

ومن غَصَبها، فتلَفَتْ في يده، ضمنها، كالقِنَّةِ .

ولو شهدَ اثنانِ على إقرارِ السيدِ بالاستيلاءِ، وحكمَ بهما، ثم رَجَعَا، قال

(١) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٩٨) .

(٢) في المطبوع: « يعتق » .

(٣) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٩٨) .

أبو علي^(١): لا يُغَرِّمان؛ لأنَّ المِلْكَ باقٍ فيها، ولم يُفَوِّتَا إِلَّا سَلْطَنَةَ البَيْعِ، ولا قيمةَ لها بانفراقها.

قال الإمام^(٢): فإذا مات السيدُ، وفات المِلْكَ، فالذي نراه وجوبُ الغُرمِ عليهما للورثة، كما لو شهدا بتعليقِ العتقِ، فوجدتِ الصفةُ، فحكم^(٣) بعتقِهِ، فرجعا، غُرِّما.

وفي تزويجها أقوالٌ.

أظهرها: للسيدِ الاستقلالُ به؛ لأنه يملكُ إجارتها^(٤) وَوُطْأها، كالمُدْبَرَةِ.

والثاني، قاله في القديم: لا يزوّجها إِلَّا برضاها.

والثالث: لا يجوزُ، وإن رضيتُ، وعلى هذا: هل يزوّجها القاضي؟ وجهان: أحدهما: نَعَمْ بشرطِ رضاها، ورضا السيدِ.

والثاني: لا.

ويجري الخلافُ في تزويج بنتِ المستولدة، فإذا جوّزناه، فلا حاجةَ إلى الاستبراء، بخلافِ المستولدة؛ لأنها كانت فِرَاشاً له.

وإنَّ المستولدة لا يجبرُهُ السيدُ على النكاحِ، [ليس] له أَنْ ينكِحَ بغيرِ إذنِ السيدِ، فإنَّ أَذْنَ، فوجهان، حكاهما الرُّوْيَانِيُّ في «الكافي»؛ تخريجاً من الخلافِ في المستولدة.

قلت: الصحيحُ أو الصوابُ^(٥) الجوازُ، والفرقُ ظاهرٌ. والله أعلمُ.

فصل: إذا زنى رجلٌ بأمّةٍ، فأثت بولدٍ من زناه^(٦)، ثم ملكها، لم تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ له، ولو ملكَ ذلك الولدُ، لم يَغْتَنقَ عليه.

(١) هو الشيخ أبو علي السنجي، الحسين بن شعيب. انظر: (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٧).

(٢) انظر: (نهاية المطلب: ١٩ / ٤٩٩).

(٣) في المطبوع: «فحكمت».

(٤) في المطبوع: «بيعها»، المثبت موافق لما في (فتح العزيز: ١٣ / ٥٨٨).

(٥) في (أ): «والصواب».

(٦) في المطبوع: «من الزنى».

ولو أُولدَ أَمَةٌ غَيْرُهُ بِنِكَاحٍ، ثُمَّ مَلَكَهَا، لَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ بِرَقِيقٍ، وَالْاِسْتِيلَادُ إِنَّمَا يَثْبُتُ تَبَعاً لِحُرِّيَّةِ الْوَلَدِ. وَلَوْ مَلَكَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ، وَلَكِنْ يَغْتَقُّ الْوَلَدُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَلِكٌ وَلَدَهُ.

قَالَ الصَّيْدَلَانِيُّ: وَصُورَةُ مَلَكَهَا حَامِلاً أَنْ تَضَعَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ مَلَكَهَا أَوْ أَنْ^(١) لَا يَطَّأُهَا بَعْدَ الْمَلِكِ، وَتَلَدَ لِدُونِ أَرْبَعِ سَنِينَ، فَأَمَّا إِذَا وَطَّئَهَا بَعْدَ الْمَلِكِ، وَوُلِدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْمَلِكِ^(٢)، فَيَحْكُمُ بِحَصُولِ الْعُلُوقِ فِي مَلِكِ الْيَمِينِ، وَثُبُوتِ الْاِسْتِيلَادِ وَحُرِّيَةِ الْوَلَدِ، وَإِنْ أَمَكْنَ كَوْنَهُ سَابِقاً عَلَيْهِ.

أَمَّا إِذَا اسْتَوْلَدَ أَمَةٌ الْغَيْرَ بِشُبْهَةٍ، ثُمَّ مَلَكَهَا، فَيَنْظَرُ:

إِنْ وَطَّئَهَا عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْمَمْلُوكَةُ، فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ، وَلَا يَثْبُتُ الْاِسْتِيلَادُ.

وَإِنْ وَطَّئَهَا عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْحَرَّةُ، أَوْ أُمَّتُهُ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَفِي ثُبُوتِ الْاِسْتِيلَادِ قَوْلَانِ. وَكَذَا لَوْ نَكَحَ أَمَةٌ غُرّاً بِحُرِّيَّتِهَا، فَأُولَدَهَا، فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَفِي ثُبُوتِ الْاِسْتِيلَادِ إِذَا مَلَكَهَا الْقَوْلَانِ. وَيَجْرِيَانِ فِيمَا لَوْ اشْتَرَى أَمَةٌ شَرَاءً فَاسِداً، وَأُولَدَهَا عَلَى ظَنِّ الصَّحَّةِ.

أَحَدُهُمَا، وَهُوَ الْقَدِيمُ: يَثْبُتُ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ مِنْهُ بِحُرٍّ.

وَأُظْهِرُهُمَا، وَهُوَ الْجَدِيدُ: لَا يَثْبُتُ؛ لِأَنَّهَا عُلِقَتْ فِي غَيْرِ مَلِكِ الْيَمِينِ، فَعَلَى الْقَدِيمِ: يَكُونُ أَوْلَادُهَا الْحَادِثُونَ بَعْدَ مَلِكِهِ مِنْ نِكَاحٍ، أَوْ زِنَى لَهُمْ حُكْمُهَا، فَيَعْتَقُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَالْحَاصِلُونَ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهَا لَيْسَ لَهُمْ حُكْمُهَا، وَإِنْ حَصَلُوا بَعْدَ الْاِسْتِيلَادِ؛ لِأَنَّهُمْ حَصَلُوا قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْأُمِّ.

وَلَوْ مَلَكَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنْ نِكَاحٍ، أَوْ زِنَى [١٣٦٥ / ب] فَفِي « فَتَاوَى الْقَاضِي حُسَيْنٍ » أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَذَلِكَ الْوَلَدُ حُكْمُ الْأُمِّ؛ بَلْ يَكُونُ قِتْناً لِلْمَشْتَرِي؛ اعْتِبَاراً بِحَالِ الْعُلُوقِ.

فَرْعٌ: سَبَقَ فِي الْكِتَابَةِ إِذَا أُولَدَ الشَّرِيكَانِ مَكَاتِبَتَهُمَا، وَالْقِتَّةُ فِي مَعْنَاهَا، وَذَكَرْنَا هُنَاكَ الْمَسْأَلَةَ مَبْسُوطَةً.

(١) فِي (ظ)، وَالْمَطْبُوعُ: « وَأَنْ » بَدَلُ: « أَوْ أَنْ ».

(٢) فِي (فَتْحِ الْعَزِيزِ: ١٣ / ٥٨٩): « الْوَطءُ » بَدَلُ: « الْمَلِكُ ».

فَرْعٌ: أولد مرتدّ أُمّتَه، صارت مُستولدةً إن أبقينا ملكه. وإن أزلناه لم يثبت الاستيلاد في الحال؛ فإن أسلم، فعلى القولين فيما إذا أولد أجنبيّةً، ثم ملكها، وإن توقّفنا في الملك، فكذا في الاستيلاد.

فَرْعٌ: إذا أسلمت مستولدة كافر، أو استولدت أُمّتَه بعد إسلامها، فقد ذكرنا في «البيع» أنه لا سبيل إلى بيعها، وأنه لا يجبر على إعتاقها على الصحيح، ولكن يحال بينهما، وتجعل عند امرأة ثقة، وكسبها له، ونفقتها عليه، فإن أسلم، رُفعت الحيلولة، وإن مات، عتقت.

وهل للكافر تزويجها إذا جوزنا تزويج المستولدة؟ وجهان حكاها الصيّدلاني. أصحهما: لا، وبه قطع الفقهاء؛ لانقطاع الموالاة.

والثاني: نعم؛ لأنه تصرف بالملك.

وعلى الأول: قيل: لا يزوّجها القاضي أيضاً.

وقال أبو إسحاق: يزوّجها القاضي إذا أَرادته، والمهر للسيد، وكذا يزوجه [الحاكم] إذا أَراد السيد تزويجها، وإن كرهت هي، وتصير^(١) النفقة على الزوج.

قال أبو إسحاق: وهي أحقّ بحضانة الولد ما لم تتزوج، فإذا تزوّجت صار الأب أحقّ بالولد، إلّا أن يكون مميّراً، ويخاف^(٢) أن يفتنه عن دينه، فلا يترك عنده.

قلت: الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا حضانة لكافر على مسلم، كما سبق في «الحضانة»، فلا^(٣) حضانة هنا للأب. والله أعلم.

فَرْعٌ: في «فتاوى الفقهاء»: أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحرّ، لا حدّ عليه، ويثبت النسب، دون الاستيلاد؛ لأنه ليس من أهل الملك.

وأن المكاتب إذا أولد [جارية] ابنه الحرّ، فيحتمل أنه يُبنى ثبوت الاستيلاد على الخلاف في أنه إذا أولد جارية نفسه، هل يثبت؟

وأن من وطئ جارية بيت المال، يُحدّ، ولا نسب، ولا استيلاد، وسواء في

(١) في المطبوع: «فتصير».

(٢) في المطبوع: «فيخاف».

(٣) في المطبوع: «ولا».

هذا الغني والفقير؛ لأنه لا يجب الإعفاف من بيت المال.

وأنه لو أعتق مستولدة على مال، يجوز.

ولو باعها نفسها، صحَّ على الظاهر؛ لأن بيع العبد نفسه، إعتاق على الحقيقة.

فَزَعُ: إذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب، أو رضاع، أو مُصَاهَرَة، لزَمَهُ الحدُّ في قول، والتعزيرُ على الأظهر.

وعلى القولين: يكون الولد حراً نسبياً، ونصيرُ هي مستولدة.

قال الأصحاب رحمهم الله: ولا يتصور اجتماع هذه الأحكام ووجوب الحدِّ إلا في هذه الصورة على أحد القولين.

واعلم: أنَّ أحكامَ المستولدة سبقت مُفَرَّقة^(١) في أبوابها، فتركنا إعادتها.

قال الإمام الرافعي رحمه الله: قد تيسر الفراغ من هذا الكتاب في ذي القعدة سنة ثلاث عشرة^(٢) وست مئة.

وَنَخْتِمُ الكتابَ بما بدأناه، وهو حَمْدُ اللَّهِ ذي الجلال والإكرام، ووليِّ الطول والإنعام، ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي هَدَانَا لِهَذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ لَوْلَا أَنَّ هَدَانَا اللَّهُ﴾ [الأعراف: ٤٣] اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، وَسَلِّمْ.

قلت: قد أحسن الإمام الرافعي، رضي الله عنه فيما حقَّقه، ولخصه [١٣٦٦/١]، وأتقنه، واستوعبه في هذا الكتاب، ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفائس خفاياه على المفتين، والطلاب.

واعلم أيُّها الراغب في الخيرات ! والحريص على معرفة النفائس المحققات، وحلِّ الغوامض والمشكلات، والتبحُّر في معرفة المذهب، والوقوف على ما تعتمده من المصنَّفات، وتعمد إليه عند نزول الفتاوى الغامضات، وثق به عند تعارض الآراء المضطربات، وتحث على تحصيله مَنْ أردت نصحه مِنْ أولي الرغبات؛ أنه لم يصنَّف في مذهب الشافعي، رضي الله عنه، ما يحصل لك مجموع ما ذكرته، أكمل من « كتاب الرافعي » ذي التحقيقات؛ بل اعتقادي واعتقاد كُلِّ

(١) في المطبوع: « معرفة »، تحريف.

(٢) في المطبوع: « عشرة ».

مصنّف^(١)؛ أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقة، ولا المتأخرات، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمة، وقد يسّر الله الكريم، وله الحمد في هذا «المختصر» مع ذلك، جملاً متكاثرات من الزوائد المتممات، والنوادر المستجدات، وغير ذلك من المحاسن المطلوبة.

وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي، ولوالدي ومشايخي، وسائر أحبائنا المسلمين والمسلمات، وحسبنا الله ونعم الوكيل، [و] لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

وقد رأيتُ ختم هذا^(٢) الكتاب بما ختم به الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري «صحيحه»؛ أن رسول الله ﷺ قال: «كَلِمَتَانِ حَبِيبَتَانِ إِلَى الرَّحْمَنِ، خَفِيفَتَانِ عَلَى اللِّسَانِ، ثَقِيلَتَانِ فِي الْمِيزَانِ، سُبْحَانَ اللَّهِ وَبِحَمْدِهِ، سُبْحَانَ اللَّهِ الْعَظِيمِ»^(٣).

والحمد لله باطناً وظاهراً، وأولاً وآخراً. اللَّهُمَّ! صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ عَبْدِكَ وَرَسُولِكَ، النَّبِيِّ الْأُمِّيِّ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، وَأَزْوَاجِهِ، وَذُرِّيَّتِهِ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ، وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ، وَبَارَكْ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، وَأَزْوَاجِهِ وَذُرِّيَّتِهِ، كَمَا بَارَكْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ، وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ، فِي الْعَالَمِينَ إِنَّكَ حَمِيدٌ مُجِيدٌ.

آخِرُ الْكِتَابِ

نُقِلَ عن مصنّف هذا الكتاب، قال مُختصره يحيى النواوي، عفا الله عنه: «فرغت منه يوم الأحد الخامسَ عشرَ من شهر ربيع الأول سنة تسع وستين وست مئة».

وقع الفراغ^(٤) من تحرير هذا الكتاب يوم الأربعاء، التاسع والعشرين من شهر جمادى الآخرة، سنة أربع وثمانين وست مئة.

(١) بهامش (ظ): «مُصَنَّف».

(٢) كلمة: «هذا» ليست في (أ)، ولا المطبوع.

(٣) أخرجه (البخاري: ٧٥٦٣) من حديث أبي هريرة. قلتُ: وأخرجه أيضاً: (مسلم في الذكر والدعاء برقم: ٢٦٩٤).

(٤) القائل: «وقع الفراغ...» الناسخ، وليس المصنف كما ظنَّ بعض من خدّم هذا الكتاب.

والحمد لله أولاً وآخراً، والصلاة على رسوله خاتم النبيين، وسيد الأولين
والآخرين، محمد المصطفى، وعلى آله وأصحابه الطيبين
الطاهرين^(١) [١٣٦٦ / ب].



(١) وجاء في آخر المطبوع: «... إنك حميد مجيد». قال مختصره الإمام الزاهد العابد أبو زكريا،
يحيى بن شرف بن مري النوي: فرغت منه يوم الأحد الخامس عشر من شهر ربيع الأول سنة تسع
وستين وست مئة، ولله الحمد.

غفر الله له ولوالديه، ولمن نظر فيه، ولصاحبه، ولمن دعا لهم بالمغفرة ولجميع المسلمين.
آمين، رب العالمين.

فهرس الكتب والأبواب والفصول والفروع

الموضوع

رقم الصفحة

٧١ - عقد الجزية والهدنة

- * الباب الأول : في الجزية ٥
- فرع : إذا طلبت طائفة تقر بالجزية عقد الذمة وجبت إيجابتهم ٦
- فرع : إذا عقدت الذمة مع إخلال بشرط لم يلزم الوفاء ٦
- فرع : اطلعنا على كافر في دارنا فقال : دخلت لسماع كلام الله تعالى ، صدق ٧
- فرع : عقد الذمة يفيد الأمان للكافر نفساً ومالاً ١٢
- فرع : إذا بلغ الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد زالت التبعية ولزمتهم الجزية ١٢
- فرع : لو دخلت حرية دارنا بغير تبعية ولا أمان ، جاز استرقاقها ١٣
- فرع عن نصه : إذا صالحنا قوم على أن يؤدوا الجزية عن صبيانهم سوى ما يؤدون عن أنفسهم ، فإن شرطوا أن يؤدوا من مال أنفسهم ، جاز ١٣
- فرع : اليهود والنصارى يقرون بالجزية ١٤
- فرع : المذهب أن السامرة والصابئين إذا خالفوا اليهود والنصارى قررناهم بالجزية كالمجوس ١٥
- فرع : لو أحاط الإمام بقوم فزعموا أنهم أهل كتاب ، قررهم بالجزية ١٥
- فرع : من أحد أبويه كتابي والآخر وثني ، ففيه طرق والمذهب تقريره ١٦

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : توثن نصراني وله أولاد صغار ، فإن كانت أمهم نصرانية استمر لهم حكم
التنصر ١٦
- فرع : الولد المنعقد من مرتدين ، هل هو مسلم أم مرتد أم كافر أصلي ؟ ١٦
- فرع : يهود خيبر كغيرهم في ضرب الجزية عليهم ١٦
- فصل : الزمن والشيخ الفاني والأجير تضرب عليهم الجزية كغيرهم ١٧
- فرع : الجاسوس الذي يخاف شره لا يقر بالجزية ١٨
- فرع : من دخل منهم لتجارة أو رسالة لم يمكن من إظهار خمر ولا خنزير ٢٢
- فرع : نص أنه لو شرط على قوم أن على فقيرهم ديناراً ومتوسطهم دينارين جاز . ٢٣
- فرع : لو أراد الضيف أن يأخذ منهم ثمن الطعام لم يلزمهم ٢٦
- فصل : تؤخذ الجزية على سبيل الصغار والإهانة ٢٧
- فصل : عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، أنه طلب الجزية من نصارى العرب ٢٨
- فرع : يأخذ من خمس من الإبل شاتين ومن عشر أربعاً ٣٠
- فرع : إذا ضرب الجزية على ما يحصل من أرضهم من ثمر وزرع باسم الصدقة
فباع بعضهم أرضه صح بيعه ٣١
- فصل : إذا استأذن حربي في دخول دار الإسلام ، أذن له الإمام إن كان يدخل
لرسالة أو حمل ميرة ٣١
- فصل : إذا صالحنا طائفة من الكفار على أن تكون أرضهم لهم ويؤدوا خراجاً
عن كل جريب في كل سنة كذا ، جاز ٣٣
- فصل : وأما ما يلزمهم فخمسة أمور : الأول : في الكنائس والبيع ٣٥
- فرع : لا يترك لذي صدر الطريق ٣٩
- فرع : للذمي أن يتعمم ويتطلس على الصحيح ٤٢
- فرع : حيث حكمنا بانتقاض العهد هل يبلغهم المأمن ؟ قولان ٤٦
- فرع : المسلم إذا ذكر الله تعالى بما يقتضي الكفر أو كذب رسول الله ﷺ فهو
مرتد ٤٦

الموضوع رقم الصفحة

- ٤٨ فصل : في مسائل تتعلق بالباب
- ٥١ * الباب الثاني : في عقد الهدنة
- ٥٣ فرع : إذا زاد قدر مدة الهدنة على الجائر ، بطل العقد في الزائد
- ٥٤ فرع : إذا طلب الكافر الأمان لسمع كلام الله تعالى ، وجبت إجابته قطعاً
- فرع : إذا استشعر الإمام ممن هادنه خيانة ، فقال الشيخ أبو حامد : ينتقض
- ٥٦ عهدهم والصحيح المنصوص : أنه لا ينتقض
- فرع : إذا هادن الإمام مدة لضعف وخوف اقتضاها ثم زال الخوف وقوي
- ٥٦ المسلمون وجب الوفاء بما جرى
- فرع : قال في الحاوي : يجب على الذين هادنهم الإمام الكف عن قبيح القول
- ٥٧ والعمل في حق المسلمين
- ٥٧ فصل : إذا شرط رد المرأة إذا جاءتنا منهم مسلمة ، لم يجز بحال
- فرع : جميع ما ذكرناه هو في رد النساء الحرائر ، أما الإماء والصبيان والمجانين
- ٦٢ فلا يردون لضعفهم
- فرع : عن البحر : كافر تحته عشر نسوة أسلمن وهاجرن وجاء يطلبهن ، يؤمر
- ٦٥ باختيار أربع
- فصل : إذا عقد الهدنة بشرط أن يردوا من جاءهم منا مرتداً ويسلموه إلينا ، لزمهم
- ٦٦ الوفاء
- فصل : على الإمام منع من يقصد أهل الهدنة من المسلمين والذميين ، وليس
- ٦٧ عليه منع الحربيين
- ٦٩ ٧٢ - كتاب السبق والرمي وهو المناضلة
- ٧١ * الباب الأول : في السبق
- ٧٣ فرع : لا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينتفع به في الحرب كاللعب بالشطرنج ..
- ٧٤ فرع : يشترط كون المال معلوم الجنس والقدر

الموضوع	رقم الصفحة
فرع : قال : من سبق فله كذا ، فجاء المتسابقون معاً فلا شيء لهم	٧٥
فصل : الأشياء التي ذكر الأصحاب اعتبار السبق بها ثلاثة : أحدها : الكند	٨١
فروع تتعلق بالسبق	٨٢
فرع : ليجريا في وقت واحد	٨٣
فرع : اشترى ثوباً وعقد المسابقة بعشرة ، إن قلنا : المسابقة لازمة ، فهو	
جمع بيع وإجارة في صفقة	٨٤
* الباب الثاني : في الرمي	٨٧
فرع : قال الإمام : اختلاف السهام وإن اتحد نوع القوس كاختلاف نوع الفرس .	٩٠
فرع : تناضلا على رمية واحدة وشرطا المال للمصيب فيها صح على الأصح	٩٤
فرع : إذا قلنا : يقرع للابتداء ، هل يدخل المحلل في القرعة إذا أخرجها المال ؟	
وجهان	٩٦
فروع ثلاثة	٩٨
* الفرع الأول : حضرهم غريب فاختره أحد الزعيمين وظنه يجيد الرمي فبان	
حلافه	٩٨
الفرع الثاني : يشترط استواء الحزبين في عدد الأرشاق والإصابات	٩٨
الفرع الثالث : من التزم السبق من الزعيمين لزمه	٩٩
فرع : لو رضوا بعد العقد بتقدم واحد « نظر : إن تقدم بقدر يسير ، جاز	١٠٠
فرع : لو قال أحدهما : ينصب الغرض بحيث يستقبل الشمس ، وقال	
الآخر : بل يستدبرها أجيب الثاني	١٠٠
فرع : إذا قال رجل لرام : ارم خمسة عني وخمسة عنك ، فإن أصبت في	
خمستك فلك كذا ، لم يجز	١٠٦
فرع : كانوا يتناضلون فمر بهم رجل فقال لمن انتهت النوبة إليه وهو يريد	
الرمي : ارم فإن أصبت بهذا السهم فلك دينار ، نص الشافعي أنه إذا أصاب	
استحق الدينار	١٠٧

الموضوع رقم الصفحة

١١٣ الفصل الثاني : في حكم المناضلة جوازاً ولزوماً

١١٥ فصل : في مسائل منثورة تتعلق بالمناضلة والمسابقة

٧٣ - كتاب الأيمان

١١٩ * الباب الأول : في نفس اليمين

فرع : قال : والله لأدخلن هذه الدار اليوم إلا أن يشاء زيد وقصد إلا أن يشاء

١٢٢ ألا أدخلها فقد عقد اليمين على الدخول

١٢٨ فرع : لو قال : والله لأفعلن برفع (الهاء) أو نصبها كان يميناً

فرع : لو حذف حرف القسم فقال : الله لأفعلن كذا (بجر الهاء) أو نصبها

١٢٨ أو رفعها ونوى اليمين فهو يمين

فرع : لو قال : بله فشدد اللام كما كانت وحذف الألف بعدها فهو غير ذاك

١٢٨ لاسم الله تعالى

فرع : لو قال : أعزم بالله أو عزمت بالله لأفعلن ، فإن نوى غير اليمين أو أطلق

١٣٥ فليس بيمين

١٣٥ فرع : لو قال : أقسم أو أقسمت ولم يقل : « بالله » لم يكن يميناً

١٣٥ فرع : لو قال الملاعن في لعانه : أشهد بالله وكان كاذباً هل يلزمه الكفارة ؟

١٣٩ * الباب الثاني : في كفارة اليمين

١٣٩ فصل : يجوز التكفير قبل الحنث إن كفر بغير الصوم ولم يكن الحنث معصية ..

فرع : أعتق عبداً عن الكفارة قبل الحنث ، ثم ارتد العبد أو مات قبل الحنث ،

١٤٠ لم يجزئه عن الكفارة

١٤٠ فرع : يجوز تقديم كفارة القتل على الزهوق بعد حصول الجرح

١٤١ فرع : التكفير عن الظهار بالمال بعد الظهار وقبل العود جائز

فرع : لا يجوز تقديم كفارة الجماع في شهر رمضان ولا في الحج والعمرة على

١٤١ الجماع

الموضوع	رقم الصفحة
فرع : يجوز تعجيل المنذور إذا كان مالياً	١٤٢
فرع : الحامل والمرضع إذا شرعا في الصوم ثم أرادت الإفطار فأخرجتا الفدية قبل الإفطار ، جاز على الأصح	١٤٢
فصل : تكره اليمين إلا إذا كانت في طاعة كالبيعة على الجهاد	١٤٢
فرع : يجب في الكسوة التمليك والواجب ثوب قميص أو سراويل	١٤٥
فصل : العبد يكفر عن اليمين وغيرها بالصوم	١٤٧
فصل : في الحر يموت وعليه كفارة فتخرج من تركته	١٤٩
فرع : من بعضه حر وبعضه رقيق إن كان معسراً كفر بالصوم	١٥١
* الباب الثالث : فيما يقع به الحنث	١٥٣
فرع : حلف لا يدخل الدار وهو فيه لا يحنث بالمكث	١٥٤
فرع : إذا حلف لا يدخل الدار حنث بالحصول فيها	١٥٦
فرع : قال : لأشربن ماء هذه الإداوة ولا ماء فيها ، فأربعة أوجه	١٦٢
فرع : قال القاضي أبو الطيب : قال الأصحاب : لو قال : والله ! لا أكل خبز الكوفة لم يحنث بأكل بعضه إلا أن ينوي ذلك	١٦٣
فرع : قال : لأشربن ماء هذه الإداوة فانصب قبل أن يشرب ، نظر : إن كان بعد الإمكان حنث	١٦٣
فرع : حلف لا يشرب ماء فرائاً ، حمل على الماء العذب من أي موضع كان ..	١٦٣
فرع : قال : لا أكل هذا الرغيف لم يحنث بأكل بعضه	١٦٤
فرع : حلف لا يأكل البيض ، حمل على ما يزايل بائضه وهو حي	١٦٥
فرع : حلف لا يأكل لحم بقر ، حنث بلحم الجاموس	١٦٩
فرع : حلف لا يأكل ميتة ، لم يحنث بالمذكاة وإن حلها الموت	١٦٩
فرع : حلف لا يأكل السمن ، لا يحنث بالآدهان	١٧١
فرع : حلف لا يأكل السكر ، حنث بنفس السكر	١٧٢
فرع : حلف لا يأكل العنب والرمال ، لم يحنث بأكل عصيرهما وشربه	١٧٣

الموضوع	رقم الصفحة
فروع : حلف لا يأكل السمن فأكله وهو جامد وحده ، حنث	١٧٣
فروع : حلف لا يأكل أو لا يشرب ، لا يحنث بمجرد الذوق	١٧٤
فروع تتعلق بهذا النوع : الرطب ليس بتمر	١٧٦
فروع : قال لا أسكن داراً لزيد فسكن داراً له فيها حصّة قليلة أو كثيرة لا يحنث .	١٨٠
فروع : لو حلف لا يأكل طعام زيد فأكل مشتركاً بينه وبين غيره ، حنث	١٨٠
فروع : حلف لا يحلق رأسه فأمر غيره فحلقه فحلق : يحنث للعرف	١٨٢
فروع : حلف لا يتصدق فتصدق فرضاً أو تطوعاً ، حنث	١٨٥
فروع : حلف لا يبر فلاناً ، دخل في اليمين جميع التبرعات من الهبة والهدية ...	١٨٦
فروع : حلف لا ملك له ، حنث بالآبق والمغصوب	١٨٨
فروع : حلف لا يدخل دار المكاتب ، حنث بدخولها على الصحيح	١٨٩
فروع : يراعى مقتضى اللفظ في هاتين المسألتين ونظائرهما في تناول الماضي والمستقبل أو أحدهما	١٩٢
فروع : الوجهان فيمن قال : لا ألبس هذا القميص ، فاتخذ معه غيره ولبسه ...	١٩٥
فروع : حلف لا يلبس الخاتم فجعله في غير الخنصر من أصابعه ، فعن المزني	
في الجامع : أنه لا يحنث	١٩٦
فروع : حلف لا يخرج فلان بغير إذنه أو إلّا بإذنه ، فخرج بغير إذنه حنث	١٩٧
فروع : هجران المسلم حرام فوق ثلاثة أيام	٢٠٠
فروع : حلف لا يكلمه ثم سلم عليه حنث	٢٠١
فروع : حلف ليطلقن زوجته غداً فطلقها اليوم ، نظر : إن لم يستوف الثلاث	
فالبر ممكن	٢٠٦
فروع : لو قال : لأقضين حقك إلى حين ، لم يختص ذلك بزمان مقدر	٢٠٧
فروع : حلف الغريم ليقضين حقه قبل أن يفارقه ، فالقول في مفارقتها مختاراً	
أو مكرهاً على قياس ما سبق	٢١٣
فروع : حلف ليضربن عبده مئة خشبة أو ليجلدنه مئة فإن شد مئة سوط	
وضربه بها فقد وفى بموجب اللفظ	٢١٣

الموضوع	رقم الصفحة
فصل : في حنث الناسي والجاهل والمكره	٢١٥
فصل : حلف لا يسلم على زيد ، فسلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أنه فيهم ،	
ففي الحنث قولاً حنث الجاهل والناسي	٢١٦
فصل : في أصول تتعلق بالكتاب : لا تنعقد يمين صبي ولا مجنون ولا مكره .	٢١٧
فرع : قال الشيخ أبو زيد : لا أدري على ماذا بنى الشافعي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مسائل	
الأيمان ؟	٢١٧
فرع : اللفظ الخاص في اليمين لا يعمم بالسبب والنية	٢١٨
فرع : يعتبر اللفظ بحقيقته	٢١٨
فرع : قال ابن كج : لو قال : وألله لا دخلت الدار . وألله ! لا دخلت الدار ،	
ونوى التأكيد فهي يمين واحدة	٢١٩
فرع : قال الحليمي : اليمين المعقودة على المملوك المضاف يعتمد المالك	
دون المملوك	٢١٩
فرع : حلف لا يكلم الناس ، ذكر ابن الصباغ وغيره : أنه يحنث إذا كلم	
واحداً	٢١٩
فرع : في كتب أصحاب أبي حنيفة أن المعرفة لا تدخل تحت النكرة لمغايرتها	٢١٩
فصل : في مسائل منشورة	٢٢٠
فرع : في فتاوى القفال أنه لو قال : لا أصلي على هذا المصلّي ، ففرش فوقه	
ثوباً وصلى عليه ، فإن نوى أنه لا يباشره بقدميه وجبهته وثيابه لم يحنث	٢٢٣
فرع : في المبتدأ في الفقه للقاضي الروياني : أنه لو قال : لا أدخل حانوت	
فلان فدخل الحانوت الذي يعمل فيه وهو ملك غيره ، لم يحنث	٢٢٣
فرع : في كتب أصحاب أبي حنيفة أنه لو قال : وسلطان الله ، فهو يمين إن	
أراد القدرة	٢٢٤
فرع : حلف لا يزوره حياً ولا ميتاً ، فشيّع جنازته ، لم يحنث	٢٢٨

الموضوع رقم الصفحة

٧٤ - كتاب القضاء

- * الباب الأول : في التولية والعزل ٢٢٩
- فرع : هذا التفصيل الذي ذكرناه فيما إذا لم يكن هناك قاض متول ، فإن كان ،
- نظر : إن كان غير مستحق بجور أو جهل فهو كما لو لم يكن ٢٣١
- فرع : ما ذكرناه هو حكم الطلب بلا بذل ، فلو بذل مالا ليتولى ، فقد أطلق
- ابن القاص وآخرون : أنه حرام وقضاؤه مردود ٢٣١
- فرع : طرق الأصحاب متفقة على أن النظر في تعيين الشخص للقضاء وعدم
- تعيينه إلى البلد والناحية ٢٣٢
- فرع : إذا عرف الإمام أهليته ولأه ، وإلا فيبحث عن حاله ٢٣٥
- فرع : من لا تقبل شهادته من أهل البدع لا يصح تقليده القضاء
- ٢٣٧
- فرع : ليس لمجتهد أن يقلد مجتهداً ٢٣٩
- فرع : هل يلزم المجتهد تجديد الاجتهاد إذا وقعت الحادثة مرة أخرى ؟
- ٢٣٩
- فرع : المنتسبون إلى مذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك ثلاثة أصناف
- ٢٤٠
- فرع : ذكر الشيخ أبو إسحاق أنه إذا نص الإمام في واقعة على حكم وفي أخرى
- بشبهها على خلافه ، لا يجوز نقل قوله من إحداهما إلى الأخرى ٢٤١
- فرع : للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ متأول عنده ؛ زجراً وتهديداً في مواضع
- الحاجة ٢٤١
- فرع : إذا وجد مفتين فأكثر ، هل يلزمه أن يجتهد فيسأل أعلمهم ؟
- ٢٤٣
- فرع : وإذا استفتى وأجيب فحدث له تلك الحادثة ثانياً ، فإن عرف استناد
- الجواب إلى نص أو إجماع فلا حاجة إلى السؤال ثانياً ٢٤٤
- فرع : لو اختلف عليه جواب مفتين ، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعم
- اعتمده ٢٤٤
- فرع : متى تغير اجتهاد المجتهد دار المقلد معه ٢٤٦

الموضوع	رقم الصفحة
فرع : لا يشترط أن يكون للمجتهد مذهب مدون	٢٤٧
فروع	٢٦١
الفرع الأول : يشترط في الذي يستخلفه ما يشترط في القاضي	٢٦١
الفرع الثاني : قال الروياني في التجربة : نص الشافعي في المبسوط يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من يخالفه والمدون في المذهب خلافه	٢٦١
الفرع الثالث : حيث منعنا الاستخلاف فاستخلف ، فحكم الخليفة باطل	٢٦٢
فرع : يجوز تعميم التولية وتخصيصها	٢٦٦
فرع : هل ينزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل ؟	٢٦٨
فرع : للقاضي أن يعزل نفسه كالوكيل	٢٦٩
فرع : القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم الغزالي كالخلفاء	٢٦٩
فرع : القضاة والولاة لا ينزلون بموت الإمام الأعظم وانعزاله	٢٦٩
فرعان ذكرهما الهروي	٢٧١
الفرع الأول : قال القاضي المعزول : المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه أيام قضائي ليحفظه لزيد ، وقال الأمين : إنه لعمرٍو ، فالقول قول الأمين	٢٧١
الفرع الثاني : يجوز أن يكون الشاهدان بحكم القاضي هما اللذان شهدا عنده وحكم بشهادتهما	٢٧١
فرع : لو ادعى رجل على القاضي الباقي على قضائه ، نظر : إن ادعى ما لا يتعلق بالحكم حكم بينهما خليفته	٢٧٣
* الباب الثاني : في جامع آداب القضاء	٢٧٥
فرع : لو كان قد حبسه الأول تعزيراً ، قال الغزالي : أطلقه الثاني	٢٧٨
فرع : فإذا فرغ من المحبوسين نظر في الأوصياء	٢٧٨
فرع : ثم بعد الأوصياء ينظر في أمناء القاضي المنصوبين على الأطفال	٢٧٩
فرع : ثم ينظر في الأوقاف العامة والمتولين لها	٢٧٩
فرع : ليقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم	٢٧٩

الموضوع

رقم الصفحة

- ٢٨١ فرع : إذا لم يجد القاضي كفاية فله أن يأخذ رزقاً من بيت المال
- فصل : إذا أقر المدعى عليه أو نكل ، فحلف المدعي ، ثم سأل المدعي
- ٢٨٣ القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده أو نكل وحلف المدعي ، لزمه إجابته
- فرع : قال الهروي : إن أوجبنا التسجيل على القاضي لم يجز له أخذ الأجرة
- ٢٨٦ عليه
- ٢٨٧ فصل : يحرم على القاضي الرشوة
- ٢٨٨ فرع : قد ذكرنا أن الرشوة حرام مطلقاً والهدية جائزة في بعض الأحوال
- ٢٨٩ فرع : شهادة الزور من أكبر الكبائر
- ٢٩١ فرع : لا يقضي على عدوه على الصحيح
- ٢٩١ فرع : تولّى وصي اليتيم القضاء ، هل له أن يسمع البينة ويحكم له ؟
- ٢٩٦ فرع : متى حكم القاضي بالاجتهاد ثم بان له الخطأ في حكمه فله حالان
- ٢٩٧ فرع : ما ينقض من الأحكام لو كتب به إليه لا يخفى أنه لا يقبله ولا ينفذه
- فرع : إذا استتضي مقلد للضرورة فحكم بمذهب غير مقلده ، قال الغزالي :
- ٢٩٨ إن قلنا : لا يجوز للمقلد تقليد من شاء بل عليه اتباع مقلده نقض حكمه
- فصل : حكم القاضي ضربان : أحدهما : ما ليس بإنشاء وإنما هو تنفيذ لما
- ٢٩٨ قامت به حجة
- ٢٩٩ فرع : هل تقبل شهادته بما لا يعتقد ، كشافعي بشفعة الجوار ؟
- فرع : قال للقاضي رجلان : كان بيننا خصومة في كذا فحكم القاضي فلان
- ٣٠٠ بيننا بكذا ونحن نريد أن تستأنف الحكم بيننا باجتهادك ، فهل يجيبهما ؟
- ٣٠٠ فروع : تتعلق بالحبس
- فرع : إذا رأى بخط أبيه أن لي على فلان كذا أو أديت إلى فلان كذا ، قال
- ٣٠٧ الأصحاب : فله أن يحلف على الاستحقاق والأداء
- فرع : قال الصيّمري : ينبغي للشاهد أن يثبت حلية المقر إذا لم يعرفه بعد
- ٣٠٧ الشهادة

الموضوع رقم الصفحة

- فرع : حكى الهروي وجهين في أن الحق يجب بفراغ المدعي من اليمين
 ٣١١ المردودة أم لا بد من حكم الحاكم
- فرع : المقدم بالسبق أو القرعة لا يقدم إلا في دعوى واحدة ٣١٣
- فرع : لا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر ٣١٤
- فرع : إذا جهل القاضي إسلام الشاهد لم يقنع بظاهر الدار ٣١٦
- فرع : قال في العدة : إذا استفاض فسق الشاهد بين الناس ، فلا حاجة إلى
 البحث والسؤال ٣١٦
- فرع : من نصب حاكماً في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة ٣١٨
- فرع : وينبغي أن يكون المزكون وافري العقول ٣٢٠
- فرع : لا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين الآخر ٣٢٠
- فرع : لا تثبت العدالة بمجرد رقعة المزكي على الصحيح ٣٢١
- فرع : لا يقبل الجرح المطلق ، بل لا بد من بيان سببه ٣٢١
- * الباب الثالث : في القضاء على الغائب ٣٢٥
- فرع : إذا لم يدع بنفسه ، بل ادعى وكيله على غائب ، لا يحلف ٣٢٧
- فرع : يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين كالحاضر ٣٢٧
- فرع : تعلق برجل وقال : أنت وكيل فلان الغائب ولي عليه كذا وأدعي عليك ،
 فإن علم أنه وكيل وأراد أن لا يخاصم فليعزل نفسه ٣٢٨
- فرع : التعويل على شهادة الشهود ، والمقصود من الكتاب التذكر ٣٣٠
- فرع : إذا وصل كتاب القاضي وحامله إلى قاضي البلد الآخر وأحضر الخصم ،
 فإن أمر بالمدعي استوفاه ٣٣٠
- فرع : يجوز أن يكتب إلى قاض معين ويجوز أن يطلق ٣٣١
- فرع : شهود الكتاب والحكم يشترط ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه ٣٣٢
- فرع : ينبغي أن يثبت القاضي في الكتاب اسم المحكوم له والمحكوم عليه ٣٣٢
- فصل : سبق أن لإنهاء حكم القاضي إلى قاض آخر طريقين : أحدهما :
 المكاتبه ، والثاني : المشافهة ٣٣٤

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : إذا حكم القاضي بحق وشافه به والياً غير قاض ليستوفيه ، فله أن يستوفي
 ٣٣٥ في محل ولاية القاضي وكذا خارجه
- فصل : ذكرنا في أول الطرف أن القاضي بعد سماع البينة قد يحكم وقد يقتصر
 ٣٣٥ على السماع وينهيه
- فرع : في مشافهة القاضي قاضياً بسماع البينة ٣٣٨
- فرع : لو كان الخصم حاضراً والمدعي ببلدة أخرى ، فقياس ما سبق أنا إن
 ٣٤٣ قلنا : تسمع البينة بالمال الغائب ويحكم به ، فالقاضي يحكم عليه
- فرع : ذكرنا أن المدعى إن كان في البلد كلف المدعى عليه إحضاره ٣٤٣
- فصل : من أتى القاضي مستعدياً على خصم ليحضره فلخصمه حالتان ٣٤٥
- فرع : لو استعدى على امرأة خارجة عن البلد هل يحضرها ؟ ٣٤٧
- فصل : إذا ثبت على غائب دين وله مال حاضر فعلى القاضي توفيته منه إذا
 ٣٤٧ طالب المدعي
- فصل : ذكرنا أن القضاء على الغائب جائز وذلك في غير العقوبات ، وفي
 ٣٤٧ العقوبات ثلاثة أقوال
- فصل : إذا سمع القاضي بينة فعزل ، ثم ولي ثانياً ، لم يحكم بالسماع الأول .. ٣٤٨
- فصل : المرأة المخدرة هل تكلف حضور مجلس الحكم ؟ وجهان ٣٤٨
- فصل : القاضي يزوج من لا ولي لها إذا حضرت في محل ولايته ٣٤٩
- فصل : في مسائل مثورة ٣٥٠
- ٧٥ - كتاب القسمة ٣٥٣
- فرع : القاسم المنصوب من جهة الإمام يدر رزقه من بيت المال على الصحيح ٣٥٤
- فرع : إذا كان أحد الشريكين طفلاً ، نظر : إن كان في القسمة غبطة له فعلى
 ٣٥٥ الولي طلب القسمة
- فصل : للعين المشتركة حالان : الأولى : أن يعظم ضرر قسمها ٣٥٥

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : كيفية إدراج الرقاع وإخراجها على التفصيل المذكور ، لا يختص بقسمة المتشابهات ، بل هي في قسمة التعديل إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذلك ٣٥٩
- فرع : كما تجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق تجوز بالأقلام والعصي ٣٥٩
- فرع : إذا امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه وهو قسمة المتشابهات أجبر عليها ٣٥٩
- فصل : إذا قسم قاسم القاضي بالإجبار ، ثم ادعى أحد الشريكين غلطاً أو حيفاً ، نظر : إن لم يبين ما يزعم به الحيف أو الغلط لم يلتفت إليه ٣٥٩
- فصل : إذا قسمت التركة بين الورثة ثم ظهر دين ، فإن قلنا : القسمة إفراز فهي صحيحة ٣٦١
- فرع : إذا كان بينهما عرصة وثلثها بالمساحة نصف بالقيمة لقربه من الماء ، فهي قسمة تعديل ٣٦٤
- فرع : اللبانات إن تساوت قوالها فقسمتها قسمة المتشابهات ٣٦٥
- فرع : دار بين اثنين لها علو وسفل ، طلب أحدهما قسمتها علواً وسفلاً ، أجبر الآخر عند الإمكان ٣٦٥
- فصل : قسمة المتشابهات هل هي بيع أم إفراز حق ؟ ٣٦٥
- فرع : إذا قلنا : القسمة بيع ، فاقسما ربوياً ، وجب التقابض في المجلس ٣٦٦
- فرع : اقسما ثم تقايلا ، إن قلنا : القسمة بيع صحت الإقالة ٣٦٧
- فرع : قسمة الملك عن الوقف ، إن قلنا : بيع ، لا تجوز ٣٦٧
- فصل : قسمة الإجبار لا يعتبر فيها التراضي عند إخراج القرعة ٣٦٧
- فصل : تقسم المنافع كما تقسم الأعيان ٣٦٨
- فرع : إذا جرت المهايأة في عبد مشترك بين مالكين فالأكساب العامة والمؤن العامة كالنفقة تدخل في المهايأة ٣٦٩
- فرع : لا تجوز المهايأة في الحيوان اللبون ليحلب هذا يوماً وهذا يوماً ٣٧٠

الموضوع رقم الصفحة

- فصل : جماعة في أيديهم دار طلبوا من القاضي قسمتها بينهم ، فإن أقاموا بينة
 ٣٧٠ أنها ملكهم أجابهم إلى القسمة
 فصل : في مسائل منثورة ٣٧١
 فرع : الديون المشتركة في ذمم الناس ، أطلق مطلقون أنه يمتنع قسمتها ٣٧١

٧٦ - كتاب الشهادات

- * الباب الأول : فيما يفيد أهلية الشهادة ، ولها شروط ٣٧٣
 فرع : اللعب بالشطرنج مكروه ٣٧٧
 فرع : اتخاذ الحمام للبيض وللفرخ أو الأنس جائز بلا كراهة ٣٧٨
 فرع : غناء الإنسان قد يقع بمجرد صوته وقد يقع بآلة ٣٧٨
 فرع : إنشاء الشعر وإنشاده واستماعه جائز ٣٨١
 فرع : ما حكمنا بإباحته في هذه الصور ، قد يقتضي الإكثار منه رد الشهادة
 لكونه خارماً للمروءة ٣٨٢
 فرع : ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل كالنرد وسماع الأوتار ، هل هو من
 الكبائر فترد الشهادة بمرة أم من الصغائر ؟ ٣٨٢
 فرع : الخمر العينية التي لم يشبها ماء ولا طبخت بنار محرمة بالإجماع ٣٨٣
 فرع : من ترك السنن الراتبة وتسبيحات الركوع والسجود أحياناً ، لا ترد
 شهادته ٣٨٥
 فرع : نص أن مستحل الأنبة إن أدام المنادمة عليها ردت شهادته ٣٨٦
 فرع : ذكر القاضي أبو سعد الهروي أنه لا تقبل شهادة المودع للمودع إذا
 نازعه ٣٨٧
 فرع : في يد زيد عبد ادعى شخص أنه اشتراه من عمرو بعد ما اشتراه عمرو
 من زيد صاحب اليد وقبضه وطالبه بالتسليم ، فأنكر زيد جميع ذلك ، فشهد
 ابنه للمدعي بما يقوله فقولان ٣٨٨
 فرع : تقبل شهادة الوالد على الولد وعكسه ٣٨٩

الموضوع	رقم الصفحة
فرع : في حبس الوالدين بدين الولد أوجه	٣٨٩
فرع : تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر على الأظهر	٣٨٩
فرع : العداوات الدينية لا توجب رد الشهادة	٣٩٠
فرع : تقبل شهادة العدو لعدوه ؛ إذ لا تهمة	٣٩٠
فرع : العصبية أن يبغض الرجل لكونه من بني فلان	٣٩٠
فرع : في شهادة المبتدع	٣٩١
فرع : تقبل شهادة من اختبأ وجلس في زاوية مستخفياً لتحمل الشهادة	٣٩٥
فرع : ما قبلت فيه شهادة الحسبة ، هل تسمع فيه دعوى الحسبة ؟ وجهان	٣٩٦
فرع : شهود الحسبة يجيئون إلى القاضي ويقولون : نشهد على فلان بكذا فأحضره لنشهد عليه ، فإن ابتدؤوا وقالوا : فلان زنى فهم قذفة	٣٩٦
فصل : شهادة الأخرس إن لم يعقل الإشارة مردودة	٣٩٧
فصل : في أمور لا تمنع الشهادة وفيها خلاف لبعض العلماء	٣٩٧
فصل : في التوبة	٣٩٧
فرع : لو قصر فيما عليه من دين ومظلمة ، واستحقه وارث بعد وارث ، ثم مات ولم يعرفهم ، فمن يستحق المطالبة به في الآخرة ؟	٣٩٩
فروع : لو قذف وأتى ببينة على زنى المقدوف فوجهان	٤٠١
فصل : إذا حكم القاضي بشهادة اثنين ، ثم بان له أنهما كانا عبيدين أو كافرين ، نقض حكمه	٤٠٢
فرع : قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين : قد بان لي أنهما كانا فاسقين ولم تظهر بينة بفسقهما ، قال الغزالي في الفتاوى : إذا لم يتهم في قضائه بعلمه مكن من ذلك أيضاً	٤٠٣
* الباب الثاني : في العدد والذكورة	٤٠٥
فرع : سبق في السرقة أنه يشترط في الشهادة على الزنى أن يذكروا التي زنى بها	٤٠٥
فرع : هل يجوز النظر إلى الفرج لتحمل شهادة الزنى ؟	٤٠٦

الموضوع	رقم الصفحة
فرع : الخنثى المشكل كالمرأة في الشهادة	٤٠٨
فرع : لو شهد بالسرقه رجل وامرأتان ، ثبت المال وإن لم يثبت القطع	٤٠٨
فصل : إذا ادعى على إنسان مالاً وشهد به اثنان ، نظر : إن كان عيناً وطلب المدعي الحيلولة بينهما وبين المدعى عليه إلى أن يزكى الشاهدان ، أجيب إليه	٤٠٩
فرع : إذا حال القاضي بين العبد وسيده أو انتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه	٤١١
فرع : الثمرة والغلة الحادثان بعد شهادة الشاهدين وقبل التعديل تكون للمدعي	٤١١
* الباب الثالث : في مستند علم الشاهد وحكم تحمل الشهادة وأدائها	٤١٣
فصل : إذا شاهد فعل إنسان أو سمع قوله ، فإن كان يعرفه بعينه واسمه ونسبه ، شهد عليه عند حضوره بالإشارة إليه	٤١٥
فرع : كما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه وتارة على اسمه ونسبه فكذلك المشهود له	٤١٦
فصل : المرأة المتنقبة لا يجوز الشهادة عليها اعتماداً على الصوت	٤١٧
فرع : إذا قامت بينة على عين رجل أو امرأة بحق ، وأراد المدعي أن يسجل له القاضي بالتسجيل على العين ممتنع	٤١٩
فرع : عن فتاوى الفقهاء : شهد الشهود على امرأة باسمها ونسبها ولم يتعرضوا لمعرفة عينها صحت شهادتهم	٤٢٠
فرع : يثبت الموت بالاستفاضة على المذهب	٤٢١
فرع : في المعتبر في الاستفاضة أوجه	٤٢٢
فرع : لو سمع رجلاً يقول لآخر : هذا ابني ، وصدقه الآخر ، يجوز أن يشهد به على النسب	٤٢٢
فصل : الشهادة على الملك تبني على ثلاثة أمور وهي اليد والتصرف والتسامع	٤٢٢
فرع : طول مدة اليد والتصرف يرجع فيه إلى العادة	٤٢٣
فرع : ذكر ابن كج : أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة	٤٢٤

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : لا يكفي أن يقول الشاهد : سمعت الناس يقولون : إنه لفلان ، بل
يشترط أن يقول : أشهد بأنه له ٤٢٤
- فرع : سواء في الشهادة على الملك بالاستفاضة والتصرف العقار والثوب
والعبد ٤٢٤
- فرع : التصرف المعتبر في الباب تصرف الملاك ٤٢٤
- فرع : لا يثبت الدين بالاستفاضة على الصحيح ٤٢٥
- فرع : في قبول شهادة الأعمى فيما يشهد فيه بالاستفاضة وجهان ٤٢٥
- فرع : ما جازت الشهادة به اعتماداً على الاستفاضة ، جاز الحلف عليه
اعتماداً عليها ٤٢٥
- فرع : إذا امتنع الشاهد من أداء الشهادة بعد وجوبه حياء من المشهود عليه ،
قال القاضي حسين : يعصي ٤٢٨
- فصل : وأما تحمل الشهادة ففرض كفاية في عقد النكاح ٤٢٨
- فرع : إذا تطوع الشاهد بتحمل الشهادة وأدائها فقد أحسن ٤٢٩
- فرع : كتابة الصكوك هل هي فرض كفاية أم مستحبة ؟ وجهان ٤٣٠
- فصل : في آداب التحمل والأداء منقولة من مختصر الصَّيمري ٤٣٠
- * الباب الرابع : في الشاهد مع اليمين ٤٣٣
- فصل : جارية وولدها في يد رجل يسترقهما ، فقال آخر : هذه مستولدتني
والولد مني فإن أقام بذلك شاهدين ثبت ما يدعيه ٤٣٤
- فصل : ادعى ورثة ميت ديناً أو عيناً لمورثهم ، فإنما يحكم على المدعى عليه
إذا ثبت لهم ثلاثة أشياء : الموت والوراثة والمال ٤٣٥
- فرع : لو كان للوارث الغائب وكيل وقد أقام الحاضر البينة ، قال أبو عاصم :
يقبض الوكيل نصيب الغائب دون القاضي ٤٣٨
- فصل : هل يثبت الوقف بشاهد ويمين ؟ ٤٣٨
- فرع : إذا تصادقت الورثة على أن الدار وقف أبيهم ، ثبت الوقف ٤٤١

الموضوع	رقم الصفحة
* الباب الخامس : في الشهادة على الشهادة	٤٤٣
فرع : إذا قال : عليّ لفلان ألف فوجهان	٤٤٥
فرع : الفرع عند أداء الشهادة يبين جهة التحمل	٤٤٥
فرع : هذا الذي سبق حكم صفة الأصل ، أما الفرع فلو تحمل الشهادة وهو	
عبد أو صبي أو فاسق صح تحمله	٤٤٦
فرع : لا تقبل الشهادة على الشهادة إلا من الرجل ولا مدخل للنساء فيها	٤٤٦
فصل : يجب على الفروع تسمية الأصول وتعريفهم	٤٤٨
* الباب السادس : في الرجوع عن الشهادة	٤٥١
فرع : قال ابن القطان : لو رجع الشهود وقالوا : أخطأنا ، وادعوا أن العاقلة	
تعرف أنهم أخطؤوا وأن عليهم الدية فأنكرت العاقلة العلم ، فليس للشهود	
تحليفهم	٤٥٥
فرع : ومن هذا النوع : العتق ، فإذا شهدا بعتق عبد وقضى به القاضي ثم	
رجعا ، غرما قيمة العبد ولم يرد العتق	٤٥٧
فرع : ومنه إذا شهدا أنه وقف على مسجد أو جهة عامة ، ثم رجعا بعد القضاء	
غرما قيمته ولا يرد الوقف	٤٥٧
فصل : شهدوا على أحد الشريكين في عبد أنه أعتق حصته وهو موسر فقضى	
القاضي بعتقه والسراية ثم رجعوا ، لزمهم قيمة نصف المشهود عليه	٤٥٨
فصل : الرجوع المغرم إما أن يوجد والمحكوم بشهادتهم على الحد المعترف	
في الباب وإما أكثر عدداً	٤٥٨
فرع : هل يتعلق الغرم بشهود الإحصان مع شهود الزنى ؟	٤٦٠
فرع : شهد أربعة على رجل بأربع مئة ، ثم رجع أحدهم عن مئة ، وآخر عن	
مئتين ، وثالث عن ثلاث مئة ، والرابع عن الجميع ، فالبينة باقية بتمامها في	
مئتين	٤٦٢
فصل : إذا حكم القاضي بشهادة اثنين ثم بان كونهما كافرين فقد سبق أنه ينقض	
حكمه	٤٦٢

الموضوع

رقم الصفحة

٧٧ - كتاب الدعوى والبيانات

- ٤٦٥ * الباب الأول : في الدعوى ، وفيه مسائل
- ٤٦٧ فرع : ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة ، فإن انتفع لزمه أجره المثل
- فرع : لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه ، فإن زاد فالزيادة مضمونة
- ٤٦٧ عليه
- ٤٦٨ فرع : حقه دراهم صحاح فظفر بمكسرة فله أخذها
- فرع : شخصان ثبت لكل واحد منهما على صاحبه مثل ماله عليه ، ففي حصول
- ٤٦٨ التقاص أقوال مشهورة في كتاب الكتابة
- فرع : كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد يجوز الأخذ من مال غريم
- ٤٦٨ الغريم
- فرع : جحد دينه وله عليه صك بدين آخر قد قبضه ، وشهود الصك لا يعلمون
- القبض قال القاضي أبو سعد : له أن يدعي ذلك ويقيم البينة ويقبضه بدينه
- ٤٦٨ الآخر
- ٤٧٠ فصل : في حد الدعوى الصحيحة وشرطها : أن تكون معلومة ملزمة
- ٤٧٢ فرع : لا يشترط لصحة الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة أو معاملة
- فرع : ادعى عليه مالاً معلوماً وأقام شاهدين شهدا على إقراره بشيء أو قال :
- ٤٧٣ نعلم أن له عليه مالاً ، ولا نعلم قدره ، ففي سماع شهادتهم هكذا وجهان
- ٤٧٣ فرع : عن فتاوى القفال : ادعى دراهم مجهولة لا يسمع القاضي دعواه
- فرع : مدعي الدفع إن قال : قضيت أو أبرأني فذاك ، وإن أطلق وقال : لي
- ٤٧٤ بينة دافعة استفسر
- فرع : امرأة تحت رجل ، ادعى آخر أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى
- ٤٧٧ عليها لا على الرجل
- فرع : ادعت ذات ولد أنها منكوحته وأن الولد منه وسمعنا دعوى النكاح منها ،
- ٤٧٨ فإن أنكر النكاح والنسب فالقول قوله بيمينه

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : ادعي عليه دين مؤجل قبل المحل ، فله أن يقول في الجواب : لا يلزمني
 دفع شيء إليك الآن ويحلف عليه ٤٨٠
- * الباب الثاني : في جواب الدعوى ٤٨١
- فصل : في مسائل الباب : هي ست ٤٨١
- فرع : ادعت على رجل ألفاً صداقاً ، يكفيه أن يقول : لا يلزمني تسليم شيء
 إليها ٤٨٤
- فرع : متى حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه بإقراره لحاضر أو
 لغائب ، فهل للمدعي تحليفه ؟ ٤٨٨
- فرع : ادعى أن هذه الدار وقف علي وقال من هي في يده : هي ملك لفلان ،
 وصدقه المقر له ، انتقلت الخصومة إليه ٤٨٨
- فروع من كلام القاضي أبي سعد الهروي ٤٨٩
- فصل : جارية في يد رجل ، ادعى رجل أنها له ، فأنكر صاحب اليد ، فأقام
 المدعي بينة وحكم له بها فأخذها ووطئها ٤٩٠
- * الباب الثالث : في اليمين ٤٩٣
- فرع : من توجهت عليه يمين مغلظة وكان حلف بالطلاق ، ألا يحلف يميناً
 مغلظة ، فإن قلنا : التغليظ واجب غلط ويحنت ٤٩٥
- فرع : ما حلف فيه على البت لا يشترط لجوازه اليقين ٤٩٨
- فرع : لو استحلفه القاضي على البت حيث يكون اليمين بنفي العلم فقد مال عن
 العدل ٤٩٨
- فرع : النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف وعقيدته ٤٩٨
- فرع : على إنسان حق لرجل فطالبه به رجل ، وزعم أنه وكيل المستحق ولم
 يقم بينة وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة ، لم يمكن ٥٠١
- فرع : هل للوكيل بالخصومة إقامة بينة على وكالته من غير حضور الخصم ؟ ٥٠١

الموضوع رقم الصفحة

- فرع : أقام المدعي بدعواه شهوداً ثم قال : كذب شهودي ، فلا شك في سقوط بيئته ٥٠٢
- فروع : في فتاوى القفال وغيره : أقام شاهدين في حادثة وكانا استبعا الدار منه بطلت شهادتهما ٥٠٢
- فصل : إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه عند الحاكم ، فقال للحاكم : قد حلفني مرة على هذا بطلبه فليس له تحليفي ، فإن حفظ القاضي ما قاله لم يحلفه ٥٠٣
- فرع : إنما يحلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه ٥٠٤
- * الباب الرابع : في النكول ٥٠٥
- فرع : قول القاضي للمدعي : أتحلف أنت ؟ كقوله احلف ٥٠٦
- فرع : المدعي إذا ردت اليمين عليه ، قد يحلف وقد يمتنع ، فإن حلف استحق المدعى ٥٠٧
- فصل : ما ذكرنا من أنه ترد اليمين على المدعي ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول هو الأصل المقرر في المذهب ٥٠٨
- * الباب الخامس : في البيئة ٥١٣
- فرع : ادعى نصف دار وادعى آخر كلها وأقام كل واحد بيئة والدار في يد ثالث تعارضتا في النصف ٥١٦
- فرع : دار في يد رجل ادعى زيد نصفها فصدقه ، وعمر و نصفها فكذبه صاحب اليد وزيد معاً ، فالنصف الذي يدعيه المكذب هل يسلم إليه ؟ ٥١٧
- فرع : ادعى رجل داراً وآخر ثلثها وآخر نصفها ورابع ثلثها وهي في يد خامس ، وأقام كل واحد من الأربعة بيئة بدعواه فلا تعارض في الثلث الذي يختص مدعي الكل بدعواه ٥١٧
- فرع : دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وآخر ثلثها وثالث سدسها ولا بيئة ، جعلت بينهم أثلاثاً ٥١٩

رقم الصفحة

الموضوع

- فرع : دار في يد ثلاثة ، ادعى أحدهم كلها وآخر نصفها والثالث ثلثها ، وأقام كل واحد من الأولين بينة بما ادعاه دون الثالث ، فلمدعي الكل الثلث بالبينة وباليدين
- ٥٢٠
- فرع : متى تسمع بينة الداخل ؟ لها أربعة أحوال
- ٥٢١
- فرع : هل يشترط أن يحلف الداخل مع بينته ليقضى له ؟
- ٥٢٢
- فرع : إذا أطلق الخارج دعوى الملك وأقام بينة ، وقال الداخل : هو ملكي اشتريته منك وأقام به بينة فالداخل أولى
- ٥٢٢
- فصل : من أقر بعين لرجل ثم ادعاها لا تسمع دعواه
- ٥٢٣
- فروع أكثرها عن ابن سريج
- ٥٢٣
- فصل : ادعى داراً أو عبداً أو نحوه في يد رجل ، فشهدت له بينة بالملك في الشهر الماضي ولم يتعرض للحال ، نقل المزني والربيع أنها لا تسمع
- ٥٢٥
- فرع : ذكرنا أن الشهود لو قالوا : ولا نعلم زوال ملكه قبلت شهادتهم ، ثم نقل ابن المنذر أن الشافعي قال : يحلف المدعي مع البينة
- ٥٢٧
- فرع : دار في يد رجل ادعاها آخران ، وأقام أحدهما بينة أنها له وأقام الآخر بينة أن من في يده أقر بها له ، فلا منافاة بينهما
- ٥٢٧
- فصل : بينة المدعي لا توجب ثبوت الملك له ولكنها تظهره
- ٥٢٧
- فرع : المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده وانتزع منه ولم يظفر ببائعه ، هل له أن يطالب الأول بالثمن ؟
- ٥٢٨
- فصل : ادعى ملكاً مطلقاً فشهد الشهود بالملك وذكروا سببه ، لم يضر
- ٥٢٨
- فرع : في يده دار حكم له حاكم بملكها ، فادعى خارج انتقال الملك منه إليه وشهدوا بانتقاله إليه بسبب صحيح ولم يبينوه ، قال الهروي : وقعت هذه المسألة فأفتى فيها فقهاء همدان بسماع الدعوى
- ٥٢٩
- فرع : عن الشيخ أبي عاصم : لو تعرضت إحدى البنتين لكون الدار ملك البائع وقت البيع أو لكونها ملك المشتري الآن ، كانت مقدمة
- ٥٣٢

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : في يده دار جاء اثنان يدعيانها قال أحدهما : اشتريتها من زيد وهي ملكه ، وقال الآخر : اشتريتها من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد بينة بما يقوله فهما متعارضتان ٥٣٣
- فرع : أقام أحد المدعين بينة أنه اشترى الدار من فلان وكان يملكها ، وأقام الآخر بينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى : حكم بينة الثاني ٥٣٤
- فرع : قال الأكثرون : صورة المسألة أن يقول كل واحد : بعثك كذا وهو ملكي ٥٣٥
- فروع : يشترط في بينة النصراني أن يفسر كلمة التنصر بما يختص به النصراني كقولهم : ثالث ثلاثة ٥٣٩
- فرع : مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفرة ، فقال المسلمان : مات مسلماً ، وقال الأولاد : مات كافراً ، فإن كان أصل دينه الكفر ، صدق الأولاد ٥٤٠
- فرع : مات مسلم وله ابنان ، أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق ، وقال الآخر : أسلمت أيضاً قبله ٥٤١
- فرع : مات عن أبوين كافرين وابنين مسلمين ، فقال الأبوان : مات كافراً ، وقال الابنان : مات مسلماً قال ابن سريج : فيه قولان ٥٤٢
- فرع : له زوجة وابن ماتا ، فاختلف الزوج وأخو المرأة ؛ فقال الزوج : مات أولاً فورثتها أنا وابني ثم مات الابن فورثته ٥٤٢
- فرع : مات عن زوجة وأولاد فقالوا لها : كنت أمة فعتقت بعد موته ، فقالت : بل عتقت قبله ، فهم المصدقون ٥٤٣
- فرع : قال لسالم : إن مت في رمضان فأنت حر ، ولغانم : إن مت في شوال فأنت حر وأقام كل واحد بينة تقتضي حريته فقولان ٥٤٤
- فصل : من ادعى وراثه شخص وطلب تركته أو شيئاً منها فليبين جهة الوراثه ... ٥٤٤
- فرع : لو قالوا : لا نعرف له في البلد وارثاً سواه لم يعط شيئاً ٥٤٧
- فصل : لا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجنب أو من ورثة المشهود عليه ٥٤٨

الموضوع رقم الصفحة

- فصل : شهد اثنان أن فلاناً الميت أوصى لزيد بالثلث وآخران أنه أوصى لبكر بالثلث فالثلث بينهما سواء ٥٥١
- * الباب السادس : في مسائل منثورة تتعلق بأدب القضاء والشهادات والدعاوى لأنها يتعلق بعضها ببعض ٥٥٣
- فصل : فيما جمع من فتاوى القفال وغيره ، أن الضيعة إذا صارت معلومة بثلاثة حدود جاز الاقتصار على ذكرها ٥٥٧
- فصل : في فتاوى القاضي حسين أنه لو ادعى عليه عشرة فقال : لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم ، لا يجعل مقراً ٥٦١
- فصل : سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي عن رجلين تنازعا داراً ، فأقام أحدهما بيعة أنها ملكه وادعى الآخر أنها وقف عليه ولم يقيم بيعة ٥٦١
- فصل : في فتاوى الغزالي أنه لو ادعى داراً في يد غيره ، فقال المدعى عليه : اشتريتها من زيد ٥٦٢
- فصل : في فتاوى البغوي أنه لو ادعى نكاحها فأقرت بأنها زوجته من سنة ، ثم أقام آخر بيعة أنها زوجته نكحها من شهر ، حكم للمقر له ٥٦٢
- فصل : عن ابن القاص أن من أنكر الحلف بالطلاق الثلاث يحلف أنه ما قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ولا هي بائن منه بثلاث ٥٦٣
- * الباب السابع : في دعوى النسب وإلحاق القائف ٥٦٥
- فصل : لو استلحق صبيّاً في يده أو لا في يده فبلغ وانتفى منه هل يندفع نسبه ؟ ٥٦٨
- فصل : ادعى نسب مولود على فراش غيره بسبب وطء شبهة ٥٦٨
- فصل : إذا لم يجد قائفاً أو تحير وقفناه حتى يبلغ ٥٦٩
- فرع : إذا ألحقه بهما ، قال القفال : يستدل بذلك على أنه لا يعرف الصنعة ٥١٩
- فرع : إذا كانا توءمين فألحق القائف أحدهما بأحدهما والآخر بالآخر ، فهو كما لو ألحق الواحد بهما ٥٦٩
- فصل : إذا انتسب المولود إلى أحدهما ثبت نسبه منه ٥٧٠

الموضوع

رقم الصفحة

فصل : إن وطئا في طهر فأت بولد يمكن كونه منهما فادعاه أحدهما وسكت

٥٧٠

الآخر أو أنكر فقولان

فرع : نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف وفي مدة التوقف إلى الانتساب

٥٧٠

تكون عليهما

٥٧٠

فرع : إذا مات الولد قبل العرض فإن تغير فقد تعذر العرض

فرع : من الرعاة من يلتقط السخال في الظلمة ويضعها في وعاء فإذا أصبح

٥٧١

ألقى كل سخلة إلى أمها

فرع : لو ألحقه قائف بأحدهما بالأشبه الظاهرة وآخر بالآخر بالأشبه الخفية

٥٧١

فأيهما أولى ؟ وجهان

٧٨ - كتاب العتق

٥٧٥

فرع : قال لعبد غيره : أنت حر ، فهذا إقرار بحريته

٥٧٥

فرع : يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على عوض

فروع أكثرها عن ابن سريج : إذا قال : أول من دخل الدار من عبيدي فهو

٥٧٦

حر ، فدخل اثنان معاً ثم ثالث ، لم يعتق واحد منهم

٥٧٧

فصل : في خصائص العتق التي ينفرد بها عن الطلاق

فرع : أعتق شريك نصيبه في مرض موته ، نظر : إن خرج جميع العبد من

٥٨٠

ثلث ماله قوم عليه نصيب شريكه وعتق

فرع : لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته فلا سراية ، وإن خرج

٥٨١

كله من الثلث

٥٨٣

فرع : لو كان الشريك موسراً ببعض قيمة النصيب فوجهان

فرع : قال كل واحد منهما : إن دخلت دار زيد فأت حر أو فنصيب منك

٥٨٥

حر ، فدخلها عتق على كل واحد نصيبه

٥٨٧

فرع : متى تثبت السراية إذا حكمنا بها ؟ ثلاثة أقوال

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : قال أحدهما : أعتقناه معاً وأنكر الآخر ، فإن كانا موسرين أو كان
 ٥٩٥ القائل موسراً فقد أطلق ابن الحداد أنه يحلف المنكر
- فرع : عبد بين ثلاثة ، شهد اثنان منهم أن الثالث أعتق نصيبه ، فإن كان
 ٥٩٦ الثالث معسراً قبلت شهادتهما
- فرع : اشترى في مرض موته قريبه فإما أن يشتريه بثمنه أو بمحابة
 ٥٩٩ فرع : من قواعد كتاب السير أن الحربي إذا قهر حريباً ملكه
- فرع : قد سبق أنه لو اشترى بعض قريبه عتق عليه وسرى إلى الباقي ، ولو
 ٦٠٠ ورث نصفه لا يسري
- فرع : جرح عبد أباه فاشتراه الأب ، ثم مات بالجراحة ، إن قلنا : تصح
 ٦٠١ الوصية للقاتل عتق من ثلثه
- فرع : أعتق ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم قيمتهم سواء ، فمات أحدهم قبل
 ٦٠٣ موت السيد فالذي نص عليه الشافعي أن الميت يدخل في القرعة
- فرع : يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الإعتاق
 ٦٠٥ فرع : كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق
- ٦٠٦ الفصل الثاني : في كيفية تجزئه العبيد
- فرع : لو أعتق من لا دين عليه عبيداً لا مال له غيرهم ومات ، وأعتقنا بعضهم
 ٦١٢ بالقرعة وأرققنا بعضهم فظهر للميت مال مدفون
- ٦١٦ فروع : في مسائل مشورة
- فرع : قال ابن الحداد : لو زوج أمته بعبد غيره وقبض مهرها وأتلفه ومات
 ٦٢٣ ولا مال له غيرها ولم يدخل الزوج بها فأعتقها الوارث ، نفذ إعتاقه
- ٦٢٤ الفصل الثاني : ذكرنا في النكاح أن الأمة إذا عتقت تحت عبد فلها الخيار
- فرع : مات عن ابن حائز التركة وهي ثلاثة أعبد قيمتهم سواء
 ٦٢٥ فرع : مات عن ثلاثة بنين وله ثلاثة أعبد قيمتهم سواء
- ٦٢٦

الموضوع رقم الصفحة

- فرع : شهد اثنان على ميت أنه أوصى بعق عبده سالم وهو ثلث ماله ، وقال الوارث : أوصى بعق غانم وهو ثلثه ٦٢٦
- فرع : ثلاثة إخوة في أيديهم أمة وولدها وهو مجهول النسب ، قال أحدهم : هي أم ولدي ٦٢٧
- فرع : قال لعبديه : أحكما حر ، ثم غاب أحدهما فقال للذي لم يغيب وعبد ثالث : أحكما حر ثم مات قبل البيان ٦٢٨
- فرع : له أربع إماء فقال : كلما وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة ثم وطئ إحداهن ، عتقت إحداهن ٦٢٩
- فرع : له أربع إماء وعبيد فقال : كلما وطئت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر ٦٣٢
- فرع : اشترى في مرض موته عبداً بأكثر من قيمته وكانت المحاباة قدر الثلث ٦٣٢
- فرع : جارية بين شريكين حامل من زوج أو زنى ، عتق أحدهما نصيبه من الحمل وهو موسر ، ثم وضعته لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق وهو لدون ستة أشهر ، فهو حر بالمباشرة والسراية ٦٣٣
- فرع : خلف ثلاثة أعبد قيمة كل واحد مئة ولا مال له غيرهم ، فشهد عدلان أنه أعتق في مرضه هذين ٦٣٤
- فرع : من مسه رق وعتق فلا ولاء عليه لمعتق أبيه وأمه وسائر أصوله ٦٣٦
- فرع : أعتق أمته المزوجة بعتيق فولدت لأقل من ستة أشهر من يوم الإعتاق ، فولاء الولد لمعتق الأم ٦٣٨
- فرع : الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته يترتبون ترتب عصبات النسب إلا في مسائل ٦٤١
- فرع : الانتساب في الولاء قد يكون بمحض الإعتاق كمعتق المعتق ٦٤١
- فرع : اشترت امرأة أباهما فعتق ثم أعتق الأب عبداً ومات عتيقه بعد موته ، نظر : إن لم يكن للأب عصبه بالنسب فميراث العتيق للبنت ٦٤٢

الموضوع رقم الصفحة

فرع : أختان أو أخوان ليس عليهما ولاء مباشرة ، اشترت إحداهما أباهما فعتق
عليها ٦٤٤

فرع : أختان لا ولاء عليهما اشترنا أمهما فعتقت ، ثم اشترت الأم وأجنبي
أباهما وأعتقاه ، فللأختين الولاء على أمهما ٦٤٥

فصل : في مسائل منثورة تتعلق بكتاب العتق من الولاء وغيره ٦٤٧

٧٩ - كتاب التدبير

* الباب الأول : في أركانه وهي ثلاثة : المحل والصيغة والأهل ٦٥١

فرع : يصح التدبير مطلقاً وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط ٦٥٢

فرع : قال لعبده : أنت حر إن شئت ، فإنما يعتق إذا شاء على الفور ٦٥٤

فروع : قال : إن شاء فلان وفلان فعبدي حر بعد موتي ، لم يكن مدبراً حتى
يشاء جميعاً ٦٥٦

فرع : الكافر الأصلي يصح تدبيره ٦٥٨

فرع : إذا دبر أحد الشريكين نصيبه فالمشهور أنه لا يسري ٦٥٩

* الباب الثاني : في حكم التدبير ٦٦١

فرع : إذا وهب المدبر ولم يقبضه ، إن قلنا : التدبير وصية حصل الرجوع ٦٦٢

فروع : قال : رجعت عن التدبير في نصفه أو ربعه بقي التدبير في جميعه ٦٦٣

فرع : دبر عبداً ومات وباقي ماله غائب عن بلد الورثة فلا يعتق جميع المدبر .. ٦٦٥

فرع : إذا علق عتق عبده بصفة فوجدت في مرض موته ، نظر : إن كان التعليق
بصفة لا توجد إلا في المرض اعتبر عتقه من الثلث ٦٦٧

فروع : علق عتق عبده بصفة وهو مطلق التصرف ، فوجدت وهو محجور عليه
بفلس عتق إن اعتبرنا حال التعليق ٦٦٨

فرع : لهذا الذي ذكرناه في ولد المدبرة هو فيما إذا حدث بعد التدبير وانفصل

قبل موت السيد ، فأما إذا كانت حاملاً عند موت السيد فيعتق معها الحمل ٦٧١

الموضوع

رقم الصفحة

- فرع : إذا ثبت التدبير في الحمل ثم انفصل ، فرجوع السيد في التدبير عن أحدهما لا يرفع التدبير في حق الآخر ٦٧٢
- فرع : لو دبر الحمل وحده ، جاز ٦٧٢
- فرع : لو دبر أمة وقلنا : ولد المدبرة مدبر وجوزنا الرجوع عن التدبير باللفظ فقال : إذا ولدت أو كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره ، لم يصح الرجوع ٦٧٣
- فرع : إذا قلنا : ولد المدبرة مدبر وتنازع السيد والمدبرة فيه فقال السيد : ولدته قبل التدبير فهو قن ، وقالت : بعده ، صدق السيد بيمينه ٦٧٢
- فصل : دبر عبداً ثم ملكه أمة فوطئها وأولدها ، فإن قلنا : العبد لا يملك بالتملك فالولد للسيد ٦٧٤
- فرع : أمة لرجلين دبرها فأنت بولد فادعاه أحدهما فهو ابنه ويضمن نصف قيمتها ٦٧٤
- فرع : قول المدبر في حياة السيد بعد موته : رددت التدبير لغو ٦٧٤
- ٨٠ - كتاب الكتابة ٦٧٥
- * الباب الأول : في أركان الكتابة ، وهي أربعة ٦٧٦
- فرع : قال : أنت حر على ألف فقبل ، عتق في الحال ٦٧٧
- فرع : قال لعبده : بعثك نفسك بكذا ، فقال : اشتريت ، صح البيع ٦٧٧
- فرع : إذا قال لعبده : أعثقتك على أن تخدمني أبداً ، فقبل العبد عتق في الحال ٦٨٠
- فرع : هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم ؟ ٦٨٢
- فرع : لو كاتب على مال الغير فسدت الكتابة ٦٨٢
- فرع : إذا شرط أن يشتري أحدهما من الآخر فسدت الكتابة ٦٨٢
- فرع : كاتب ثلاثة أعبد صفقة فالنص صحة الكتابة ٦٨٣
- فرع : المريض إذا كاتب في مرض موته اعتبرت قيمة العبد من الثلث ٦٨٤

الموضوع	رقم الصفحة
فصل : لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد ، بل تصح كتابة الكافر	٦٨٦
فرع : يجوز أن يكتب عبده المرتد	٦٨٧
فرع : تصح كتابة الذمي	٦٨٨
فرع : تصح كتابة الحربي	٦٨٩
فروع : كاتب مسلم كافراً في دار الإسلام أو الحرب ، صح	٦٩١
فصل : إذا كاتب بعض عبده إن كان باقيه حرّاً صحت الكتابة	٦٩٣
فرع : أذن لشريكه في كتابة نصيبه فله أن يرجع عن الإذن	٦٩٥
فرع : كاتب أحدهما نصيبه ، وقال للآخر : كاتبته بإذنك فأنكر ، فإن قال مع ذلك قد أدى المال عتق بإقراره	٦٩٥
فرع : إذا كاتب الشريكان العبد معاً أو وكلا من كاتبه صحت الكتابة	٦٩٥
فرع : من بعضه رقيق لا يجوز صرف الزكاة إليه للقدر المكاتب منه على الصحيح	٦٩٦
فرع : إذا كاتباه ثم عجز فعجزه أحدهما وفسخ الكتابة وأراد الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة ، فالمذهب أنه كابتداء الكتابة	٦٩٦
فرع : المكاتب كتابة صحيحة هل له السفر بغير إذن السيد ؟	٦٩٩
فرع : وتنفارق الفاسدة الصحيحة في أمور	٦٩٩
* الباب الثاني : في أحكام الكتابة الصحيحة	٧٠٣
فرع : قال العبد لمالكه : قد أعطيتكما النجوم وأنكرا ، صدقا باليمين	٧٠٧
فرع : خلف ابنين وعبدًا ، فادعى العبد أن أباهما كاتبه ، فإن كذبا صدقا يمينهما على نفي العلم بكتابة الأب	٧١٠
فرع : لو مات السيد بعد أخذ النجوم وقبل الإيتاء ، لزم الورثة الإيتاء	٧١٨
فرع : إذا لم يبق من النجوم إلّا القدر الواجب في الإيتاء ، لم يسقط ولم يحصل التقاص	٧١٨

الموضوع رقم الصفحة

- فرع : إذا أتى المكاتب بالنجوم ، فقال السيد : هذا حرام أو مغصوب ، نظر : ٧٢٠
- إن أقام بينة بذلك لم يجبر على قبوله
- فرع : إذا جاء المكاتب بالنجم عند المحل وشرط على السيد أن يبرئه فالشرط لغو ٧٢١
- فروع تتعلق بالفسخ والانفساخ : فيحصل الفسخ بقول السيد : فسخت الكتابة ٧٢٧
- فرع : إذا قهر السيد المكاتب واستعمله مدة لزمه أجره مثله ٧٢٧
- فرع : إذا لم يكن في يد المكاتب مال فللسيد تعجيله ورده رقيقاً ٧٣٠
- فرع : ذكرنا أن الأصح تقديم دين الأجنبي على النجوم ٧٣١
- فرع : قد سبق أنهما إذا كاتبا المشترك فادعى أنه أوفاهما ، فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ، صدق المكذب بيمينه ٧٣٣
- فرع : المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعوه إلى السيد ، فقال من قلت قيمته : أدينا النجوم على عدد الرؤوس ، وقال من كثرت قيمته : بل على أقدار القيم فقولان ٧٣٥
- فروع من التهذيب : لو قال السيد : استوفيت ، أو قال المكاتب : أليس قد أوفيتك ؟ فقال : بلى ٧٣٩
- فرع : في التقاص : إذا ثبت لشخصين كل واحد منهما على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين ، نظر : هل هما نقدان أم لا ؟ ٧٤١
- فرع : أوصى بكتابة عبد بعد موته فلم يرغب العبد في الكتابة ، تعذر تنفيذ الوصية ٧٤٦
- فصل : وأما تصرفات المكاتب فهو كالحر في معظمها ٧٤٧
- فرع : جميع ما منعناه في هذه الصور مفروض فيما إذا لم يأذن له السيد ٧٤٩
- فرع : وصية المكاتب باطلة ٧٥٠

الموضوع

رقم الصفحة

- فصل : تبرعات المكاتب وتصرفاته المخطرة كالهبة إن جرت بإذن السيد
- ٧٥٠ فمنقول المزمي والمنصوص في الأم صحتها
- ٧٥٢ فرع : اشتري المكاتب من يعتق على سيده أو أوصي له به فقبل ، صح
- فرع : وهب للمكاتب بعض ابنه ، فقبله وصححنا قبوله ، فعتق المكاتب ،
- ٧٥٤ عتق عليه ذلك الشقص
- ٧٥٤ فرع : اشتري المكاتب ابن سيده ثم باعه بأبي السيد ، صح
- ٧٥٤ فرع : ذكرنا أنه لا يجوز للمكاتب وطء أمته بغير إذن سيده
- ٧٥٨ فرع : ولد المكاتب من جاريته حق الملك فيه للمكاتب قطعاً
- ٧٥٩ فرع : اختلف السيد والمكاتبة في ولدها وقال : ولدته قبل الكتابة فهو رقيق
- فرع : زوج عبده بأمته ثم كاتبه ثم باعها له وولدت ، فقال السيد : ولدت
- ٧٥٩ قبل الكتابة فهو قن لي
- فرع : حكى الصيدلاني أن الشافعي رحمته الله قال : لو أتت المكاتبة بولدين
- ٧٥٩ أحدهما قبل الكتابة والآخر بعدها فهما للسيد
- ٧٥٩ فصل : السيد ممنوع من وطء المكاتبة
- ٧٦١ فرع : ليس للسيد وطء أمة مكاتبه أو مكاتبته
- فرع : الأمة المشتركة إذا كاتبها مالكاها معاً ثم وطئها أحدهما ، فحكم الحد
- ٧٦٢ والتعزير ولزوم المهر على الواطئ
- ٧٧٩ فصل : في مسائل منثورة
- ٧٨٣ ٨١ - كتاب أمهات الأولاد
- ٧٨٤ فرع : أولاد المستولدة إن كانوا من السيد فأحرار
- ٧٨٤ فرع : المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنة فله إجارتها
- ٧٨٥ فصل : إذا زنى رجل بأمة فأنت بولد من زناه ثم ملكها ، لم تصر أم ولد له
- ٧٨٦ فرع : سبق في الكتابة إذا أولد الشريكان مكاتبتهما ، والقنة في معناها

الموضوع	رقم الصفحة
---------	------------

- | | |
|--|-----|
| فرع : أولد مرتد أمته ، صارت مستولدة إن أبقينا ملكه | ٧٨٧ |
| فرع : إذا أسلمت مستولدة كافر أو استولد أمته بعد إسلامها فقد ذكرنا في | |
| البيع أنه لا سبيل إلى بيعها | ٧٨٧ |
| فرع : في فتاوى القفال أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحر لا حد عليه | ٧٨٧ |
| فرع : إذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع لزمه الحد في قول | ٧٨٨ |

